DER VERKAUF EINER FREMDEN SACHE.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE BEI DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT LEIPZIG

EINGEREICHT VON

BACC. IUR. **JOHANNES STEINERT**
REFERENDAR.

ACAD. LIBRARY BIBL.

BORNA - LEIPZIG
BUCHDRUCKEREI ROBERT NOSKE
1910.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546804_0080

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Erstes Kapitel.

Juristische Natur des Rechtsgeschäfts des Verkaufs einer fremden Sache.

§ 2. Gültigkeit oder Nichtigkeit? 3
§ 3. Möglichkeit der Konvaleszenz? 12

Zweites Kapitel.

Der Verkauf einer fremden Sache und die Haftung des Verkäufers aus diesem Rechtsgeschäfte.

§ 4. Einleitung 16

Erster Abschnitt.

§ 5. **Die Voraussetzungen der Haftung des Verkäufers einer fremden Sache** 19

Zweiter Abschnitt.

Der Verkauf einer fremden Sache und die Art der Haftung des Verkäufers aus diesem Rechtsgeschäfte.

§ 6. Einleitung 29
§ 7. Unmöglichkeit und Unvermögen 30
§ 8. Ursprüngliches Unvermögen 42
§ 9. Nachträgliches Unvermögen 54
§ 10. Ursprüngliche Unmöglichkeit 61
§ 11. Nachträgliche Unmöglichkeit 63
§ 12. Schlußwort 66

Literaturverzeichnis.

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Mit Erläuterungen von Rehbein und Reincke. Bd. 1. 2. Aufl. Berlin 1882.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. 1 Erlangen 1876, Bd. 2 Erlangen 1884, Bd. 3 1. Hälfte Leipzig 1905, Bd. 3 2. Hälfte Leipzig 1908 aus dem Nachlaß des Verfassers herausgegeben von Dr. Paul Oertmann.

Biermann, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Recht. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 91 S. 73 ff.

Brecht, Vom Verkauf einer fremden Sache. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1906.

Brecht, System der Vertragshaftung. In Jherings Jahrbüchern Bd. 53 S. 213 ff.

Code civil des Français. Mit Übersetzung ins Deutsche von Daniels. Cöln 1805.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 4. Aufl. Jena 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 1 Halle a. S. 1902, Bd. 2 Abt. 1 Halle a. S. 1899, Bd. 2 Abt. 2 Halle a. S. 1901.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 4. Aufl. Halle a. S. 1884.

Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums nach römischem und gemeinem Recht. Halle 1874.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 1. und 2. Aufl. Berlin 1903.

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs. Bd. 4. Jena 1899.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 8. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. 2. Aufl. Marburg 1901.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1. Lesung. Ausgearbeitet durch die vom Bundesrate berufene Kommission. Amtliche Ausgabe. Berlin 1888, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung

Fischer, Vis maior im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung. In Jherings Jahrbüchern Bd. 37 S. 199 ff.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl. München 1906.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt. Bd. 1. 2. Aufl. Berlin 1903.

Hartmann, Die Obligation. Erlangen 1875.

Jhering, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. In Jherings Jahrbüchern Bd. 4 S. 1 ff.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs Bd. 7. Jena 1900.

Kisch, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen. In Jherings Jahrbüchern Bd. 44 S. 68 ff.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs Bd. 7. Jena 1900.

Kleineidam, Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Jherings Jahrbüchern Bd. 43 S. 105 ff.

Kohler, Kauf einer fremden Sache. In seinen gesammelten Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Zivilrecht S. 224 ff. Mannheim 1883.

Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 101 S. 1 ff.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1. Berlin 1899.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Berlin 1900.

Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. Beiträge zum Obligationenrecht. Bd. 1. Braunschweig 1853.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 2. Amtliche Ausgabe. Berlin u. Leipzig 1888. Verlag von J. Guttentag.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 1. 4. Aufl. Berlin 1905.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl. Bd. 1 Berlin 1903, Bd. 2 Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1897. J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. 1 Berlin 1899, Bd. 2 Berlin 1903.

Schollmeyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. München 1900.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 1. Aufl. Berlin 1897, 2. Aufl. Berlin 1904.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. u. 4. Aufl. München 1908. Bd. 2 Teil 1, erläutert von Kuhlenbeck und Kober.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.

Ubbelohde, Die Befreiung des Schuldners bei Vereitelung der Leistung nach dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs in zweiter Lesung (§§ 232 u. 235). Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 85 S. 118 ff.

Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentags. Bd. 1 Berlin 1904, Bd. 4 Berlin 1905. J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Einleitung.

§ 1.

Der Sprachgebrauch unseres Bürgerlichen Gesetzbuches unterscheidet Sachen und Gegenstände. Zwar ist dieser Unterschied im Gesetzbuch nicht ausdrücklich, nicht expressis verbis ausgesprochen; denn § 90 BGB. definiert nur den Begriff der Sache. Aber aus der Terminologie des Gesetzbuches ergibt sich, daß Gegenstand der weitere Begriff ist. Während Sachen nach § 90 BGB. nur körperliche Gegenstände sind, kann Gegenstand auch etwas Unkörperliches sein; es unterfallen diesem Begriff auch die sogen. res incorporales des römischen Rechts, wie z. B. Rechte, kurz, der Begriff Gegenstand umfaßt alle Rechtsgüter, Sachen und Rechte, sowohl dingliche als obligatorische. Obwohl Gegenstand des Kaufs jedes Vermögensobjekt sein kann, das übertragbar ist, beschäftigt sich unsere Abhandlung, wie ihr Titel besagt, nur mit dem Verkauf einer fremden Sache; der Verkauf einer fremden Forderung oder eines sonstigen Rechtes ist hier nicht zu erörtern, und somit fällt aus dem Bereiche dieser Schrift der § 437 BGB., der zur Erörterung sehr interessanter Fragen Anlaß gibt. Ferner will diese Schrift nicht handeln von dem Verkauf einer Sache schlechthin, sondern nur von dem Verkauf einer fremden Sache, d. h. im Sinne unserer Abhandlung einer solchen, die im Eigentume eines anderen als des Verkäufers steht bezw. über die ein anderer als der Verkäufer verfügungsberechtigt ist.

Beim Verkauf einer fremden Sache ergeben sich nun hinsichtlich der Wirkungen dieses Rechtsgeschäfts vor allem zwei Fragen: Wie steht es, wenn eine fremde Sache verkauft wird, mit dem Übergange des Eigentums auf den Käufer und wie gestaltet sich die Haftung des Verkäufers aus diesem Rechtsgeschäfte

dem anderen Vertragsteile, dem Käufer gegenüber? Von diesen beiden Fragen soll die erste hier nicht erörtert werden, zumal da sich hier nicht so schwierige Fragen ergeben und unser Bürgerliches und Handelsgesetzbuch hierüber ausreichende Vorschriften getroffen haben, sondern Gegenstand dieser Dissertation wird lediglich die Haftung des Verkäufers sein, da die Abhandlung einen Beitrag zur Unmöglichkeitslehre bilden soll und sie untersuchen will, als was für eine Unmöglichkeit sich der Verkauf einer fremden Sache darstellen kann und wie sich im einzelnen Falle die Haftung des Verkäufers gestaltet. Außerdem soll die juristische Natur dieses Rechtsgeschäftes des Verkaufs einer fremden Sache untersucht werden, und zwar soll die Erörterung über diesen Punkt an die Spitze der Abhandlung gestellt werden.

Erstes Kapitel.

Juristische Natur des Rechtsgeschäfts des Verkaufs einer fremden Sache.

§ 2.

Gültigkeit oder Nichtigkeit?

Der Kauf ist ein gegenseitiger Vertrag, durch den sich nach heutigem Rechte gemäß § 433 BGB. der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an ihr zu verschaffen, während der Käufer verpflichtet ist, den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen. Der Kaufvertrag wird neben dem Tausche, der ja den Regeln des Kaufs folgt (§ 515 BGB.), zu den sogen. Veräußerungsverträgen[1]) gezählt, und zwar sind Veräußerungsverträge, wie Schollmeyer[2]) mit Recht definiert, diejenigen Verträge, durch die sich der eine Kontrahent zur Aufgabe eines Vermögensbestandteils und zur Übertragung desselben auf einen anderen verpflichtet.

Es fragt sich nun, ob der Verkauf einer fremden Sache nach heutigem Rechte ein gültiges Rechtsgeschäft ist, oder ob ein solcher Vertrag schlechthin nichtig ist. Dabei ist nochmals[3]) zu bemerken, daß eine fremde Sache im Sinne unserer Abhandlung eine solche ist, die in eines anderen Eigentume als des Verkäufers steht bezw. über die der Verkäufer nicht ver-

---

[1]) vgl. Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse 1. Aufl., Berlin 1897, S. 7 IA; Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung S. 12; Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag S. 49; Matthiaß, BGB. Bd. 1 S. 484; Dernburg, BGB. Bd. 2 § 167 Anm. 2; Neumann, BGB. Vorbem. 1 zu §§ 434—445.

[2]) a. a. O. S. 7 IA.

[3]) vgl. oben S. 1.

fügungsberechtigt ist, daß also unter diesen Begriff nicht die dem Verkehr schlechthin entzogenen Gegenstände, die res extra commercium, und die Gegenstände fallen, hinsichtlich deren ein gesetzliches Veräußerungsverbot besteht; werden über solche Gegenstände Kaufverträge geschlossen, so sind diese Verträge in beiden Fällen[4]) nichtig, und zwar ist ein solcher Vertrag nach heutigem Rechte im ersten Fall immer nichtig als ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag gemäß § 306 BGB., im zweiten Falle ist er gemäß § 134 BGB. in der Regel nichtig. Ebenso fällt nicht unter unser Thema der Fall, wo beide Parteien einen Kaufvertrag ausdrücklich über eine fremde Sache als solche geschlossen haben; hier liegt in der Regel[5]) auch ein gültiger Kaufvertrag vor,[6]) der unter der Bedingung, und zwar, wenn nicht ausdrücklich vereinbart, unter der stillschweigenden Bedingung geschlossen ist, daß der Verkäufer dem Käufer im Zeitpunkte der Erfüllung das Eigentum an der verkauften fremden Sache verschaffen kann, ein Vertrag, nach dem der Käufer nur verpflichtet ist, die aus dem Vertrage sich ergebenden Anstrengungen zu machen, um dem Käufer im Erfüllungszeitpunkte das Eigentum an der verkauften Sache verschaffen zu können. Ferner ist natürlich erforderlich die Existenz des Kaufobjektes zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages; ist dieses zu diesem Zeitpunkte nicht mehr vorhanden, so kann von dem Verkauf einer fremden Sache keine Rede sein, denn der Begriff „fremd“ setzt die Existenz der Sache voraus. Ein solcher Vertrag wäre ja auch gemäß § 306 BGB. ohne weiteres nichtig; es könnte sich hier also ein Bedenken, ob Gültigkeit oder Nichtigkeit des Geschäfts, gar nicht erheben.

---

[4]) Ebenso Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen S. 21; Mot. Bd. 2 S. 177. Für das römische Recht ders. Ans. Bechmann, Der Kauf Bd. 2 S. 121 ff.; vgl. auch S. 439 ff.; Hartmann, Obligation S. 188 ff.; Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung S. 11 f., 22 ff., 118 ff.

[5]) vgl. dazu Näheres unten Text zu Anm. 17 dieses Paragraphen.

[6]) Dagegen liegt in diesem Falle nach ALR. kein Kauf vor; ALR. I, 11 § 139: Haben beide Teile ausdrücklich über eine fremde Sache kontrahiert, so ist das Geschäft als ein Vertrag, wodurch die Handlung eines Dritten versprochen worden ist, zu beurteilen. Vgl. Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 2 S. 348 § 134 Nr. 3.

Was nun die Frage nach der Gültigkeit oder Nichtigkeit unseres Rechtsgeschäftes anbetrifft, so ist darüber folgendes zu sagen. Im römischen Recht war der Verkauf einer fremden Sache ein vollständig gültiger Vertrag, was in den römischen Quellen durch den berühmten Satz ausgedrückt war[7]): rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est; nam emptio est et venditio. Ebenso war dieses Rechtsgeschäft nach gemeinem Rechte gültig. Dagegen war es nach dem allgem. Landrecht und ist es nach dem code civil noch heute nichtig. Das ALR. I, 11 § 19 sagt: „Zur Schließung eines gültigen Kaufs wird erfordert, daß der Verkäufer über das Eigentum der Sache zu verfügen berechtigt, sowie, daß der Käufer eine solche Sache zu erwerben und zu besitzen fähig sei",[8]) und der code civil sagt in Art. 1599: „La vente de la chose d'autrui est nulle.[9]) Nach heutigem bürgerlichen Rechte jedoch ist, obwohl das Bürgerliche Gesetzbuch selbst nichts darüber sagt, der Verkauf einer fremden Sache ebenso wie im römischen und gemeinen Rechte ein vollkommen gültiges Rechtsgeschäft, allerdings aus anderen Gesichtspunkten als dort. Schon § 348 des 1. Entw. z. BGB. bestimmt: „Ein Vertrag ist deshalb nicht ungültig, weil die Leistung auf Sachen oder Rechte eines Dritten sich bezieht".[10]) Unser Bürgerliches Gesetzbuch enthält nun freilich keine solche ausdrückliche Bestimmung, aber aus dem Fehlen einer solchen besonderen Vorschrift, die den Verkauf einer fremden Sache für nichtig erklärt, aus den allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches darüber, welche Rechtsgeschäfte nichtig sind, und aus der rechtlichen Gestaltung des Kaufs in unserem Bürgerlichen Gesetzbuche ergibt sich die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes,

---

[7]) D. 18, 1 l. 28. Vgl. Mommsen a. a. O. S. 14; Bechmann a. a. O. Bd. 2 S. 66 u. 110; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 264 Anm. 1 u. a.

[8]) vgl. dazu Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 2 § 134 Nr. 3 S. 349, der dort sagt, daß dieses Geschäft auch nach preußischem Recht als Verkauf Rechtswirkungen hatte; ALR. I, 11 §§ 136ff.

[9]) Kohler sagt dazu in Zivilist. Abhandl. S. 264: „Der Verkauf einer fremden Sache ist nichtig, weil ihm ein Veräußerungsverbot entgegensteht; Veräußerungsverbot ist das richtige Wort des Rätsels, die richtige Charakteristik des Gedankens, welcher in Art. 1599 lebt".

[10]) vgl. dazu Mot. Bd. 2 S. 181 f.

dessen Gegenstand der Verkauf einer fremden Sache bildet. Denn die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (vor allem kommen für uns hier die §§ 134, 138, 306 in Betracht), die ein Rechtsgeschäft für nichtig erklären, finden in unserem Falle keine Anwendung, da die Voraussetzungen derselben fehlen, § 306 deshalb nicht, da dieser Paragraph sich auf die ursprüngliche Unmöglichkeit bezieht und eine solche beim Verkauf einer fremden Sache nur in einem ganz seltenen Falle vorliegt.[11]) Außerdem aber verpflichtet sich nach der rechtlichen Ausgestaltung des Kaufgeschäfts im Bürgerlichen Gesetzbuche (§ 433) durch den Kaufvertrag der Verkäufer nur zur Verschaffung des Eigentums der verkauften Sache an den Käufer; ob er dem Käufer das Eigentum in Wirklichkeit verschafft, ist eine andere Frage; jedenfalls aber kann er sich dazu verpflichten, und falls er diese seine Verpflichtung nicht erfüllen kann, haftet er eben dafür; wie, werden wir weiter unten sehen. Es ist beim Kaufvertrag zu unterscheiden zwischen dem rein obligatorischen Rechtsgeschäfte des Kaufs und dem dinglichen Rechtsgeschäfte der Eigentumsübertragung; die Verpflichtung zu letzterer ist dem Kaufvertrage immanent, und ein Vertrag, in dem diese erlassen wird, kann, wie Kohler,[12]) allerdings nur für das frühere Recht, ganz richtig erklärt, überhaupt nicht als Kaufvertrag gelten. Die Übereignung der verkauften Sache, also die Vornahme des dinglichen Rechtsgeschäfts, bildet nach heutigem Rechte den wesentlichsten Teil der Erfüllung des Kaufvertrages auf seiten des Verkäufers, bildet den wichtigsten Teil der Erfüllung des obligatorischen Rechtsgeschäfts des Kaufs. Es kann nun doch sehr wohl das obligatorische Rechtsgeschäft des Kaufs vollgültig sein, während das dingliche Rechtsgeschäft der Übereignung ungültig bezw. der Verkäufer zu seiner Vornahme außerstande ist, weil ihm das Eigentum an der verkauften fremden Sache bezw. die Verfügungsberechtigung über sie mangelt. Diese beiden Rechtsgeschäfte hängen doch nicht derart voneinander ab, daß, wenn das eine von ihnen ungültig ist, dies auch mit

[11]) vgl. unten § 10.
[12]) a. a. O. S. 238.

dem anderen der Fall ist, sondern diese beiden gehen unabhängig voneinander ihre eigenen Wege,[13]) so daß, wenn auch das obligatorische Rechtsgeschäft des Kaufs unwirksam ist, trotzdem die auf Grund des Kaufs vorgenommene rechtsgültige Übereignung bestehen bleibt, bis sie seitens des Verkäufers mit der condictio sine causa wieder hinfällig gemacht wird, und umgekehrt hat die Unwirksamkeit der Veräußerung nach heutigem Rechte nicht die Nichtigkeit des ihr zugrunde liegenden obligatorischen Rechtsgeschäfts zur Folge.

Übrigens, warum sollte nach heutigem Rechte der Verkauf einer fremden Sache nichtig sein, da es doch leicht möglich ist, daß der Verkäufer bis zum Zeitpunkte der Erfüllung sich bezw. dem Käufer das Eigentum an der Sache verschafft?

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist also der Verkauf einer fremden Sache ein vollkommen gültiger Kauf,[14]) und zwar selbst dann, wenn die Sache dem Fiskus gehört.[15]) Dabei kommt im allgemeinen auf den guten oder schlechten Glauben des Verkäufers oder des Käufers darüber, daß die Sache eine fremde ist, für die Gültigkeit des Geschäfts gar nichts an, nur dürfen beide Teile nicht ausdrücklich über die Sache als eine fremde kontrahiert haben, denn diesen Fall haben wir ja oben[16]) als nicht in den Rahmen dieser Abhandlung fallend ausgenommen; doch würde auch in diesem Falle im allgemeinen das Rechts-

---

[13]) Anders im code civil; vgl. dazu Kohler a. a. O. § 5 S. 261.

[14]) Ders. A. Kleineidam a. a. O. S. 22f.; Emerich a. a. O. S. 29; Schollmeyer a. a. O. 2. Aufl. 1904 S. 16 unter II; Cosack, BGB. Bd. 1 § 121 II, 4; Enneccerus-L., BGB. Bd. 1 § 240 II, 2; Crome, BGB. Bd. 2 § 212, 1a; Matthiaß, BGB. Bd. 1 § 104 II; Dernburg a. a. O. § 169 I; Eck, Vorträge Bd. 1 S. 435; Brecht, Diss. S. 8; Endemann, BGB. Bd. 1 § 158, 5; Planck, Vorbem. 3a zu §§ 275—290 u. § 433 Anm. 3; Rehbein, BGB. §§ 305—319 Anm. 8; Staudinger, BGB. § 275 Anm. 4 u. a.

[15]) So auch im röm. Recht; vgl. D. 18, 1 l. 72 § 1: Lege venditionis illa facta „si quid sacri aut religiosi aut publici est, eius nihil venit", si res non in usu publico, sed in patrimonio fisci erit, venditio eius valebit, nec venditori proderit exceptio, quae non habuit locum; vgl. Mommsen a. a. O. S. 15.

[16]) vgl. oben S. 4.

geschäft gültig sein. Unter Umständen kann es allerdings, wenn beide Teile wissen, daß die Sache eine fremde ist, als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig sein, z. B. wenn beide Teile die Eigenschaft der Sache als einer gestohlenen oder unterschlagenen kannten, wenn in dem Rechtsgeschäfte eine Hehlerei liegen würde usw.[17]) Für die Frage nach der Haftung des Verkäufers kommt allerdings dieser gute oder schlechte Glaube des Verkäufers bezw. des Käufers sehr wohl in Betracht. In dieser Hinsicht bemerkt Mommsen[18]) sehr richtig: „Wenn auf beiden Seiten ein dolus vorliegt, kann von einem Entschädigungsanspruch nie die Rede sein". Wie sich die Haftung des Verkäufers aus unserem Geschäfte gestaltet, werden wir weiter unten sehen.

Schon nach römischem und gemeinem Rechte also war der Verkauf einer fremden Sache gültig, und zwar kraft besonderer ausdrücklicher Bestimmung. Doch beruhte dies dort auf anderen Gesichtspunkten als im heutigen Rechte. Zwar war auch nach römischem und gemeinem Rechte das Rechtsgeschäft des Kaufs auf Eigentumsverschaffung gerichtet, denn ein nicht auf Eigentumsverschaffung gerichteter Veräußerungsvertrag ist kein Kauf,[19]) d. h. der Verkäufer war auch nach römischem Rechte verpflichtet, den dinglichen Vertrag abzuschließen, aber er war nicht zur Eigentumsverschaffung verpflichtet dergestalt, daß im Falle des nicht verschafften Eigentums der Käufer sofort berechtigt gewesen wäre, vom Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu begehren, sondern er haftete dem Käufer nur für das habere

---

[17]) Ebenso Schollmeyer a. a. O. 2. Aufl. 1904 S. 16; Dernburg a. a. O. § 169 I; Crome a. a. O. § 212 Anm. 13; Staudinger § 433 Anm. V, 1b; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse § 439 Anm. 6; Mot. Bd. 2 S. 181; für das röm. Recht Mommsen a. a. O. S. 17 und Bechmann a. a. O. Bd. 2 S. 67 u. S. 208ff., Bd. 3 2. Hälfte S. 27; ders. A., aber unter nicht durchschlagender Begründung mit den §§ 117, 118 BGB., ist Titze, Unmöglichkeit der Leistung S. 267 Anm. 20.

[18]) a. a. O. S. 109 Anm. 4.

[19]) D. 18, 1 l. 80 § 3: nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus. Vgl. z. B. noch Bechmann a. a. O. Bd. 1 S. 546: „Der Zweck des Kaufs . . . ist der Eigentumserwerb".

licere, d. h. für den ungestörten Besitz der Sache, er haftete dem Käufer nicht für das abstrakte Eigentum, für den Erfolg der Eigentumsverschaffung schlechthin, sondern erst von der Eviktion des Kaufgegenstandes durch den Dritten an, vorausgesetzt, daß der Verkäufer bona fide war; im Falle des dolus, dem die culpa lata gleichstand, haftete er gleich für das id quod interest.[20]) Der Verkäufer war nur zu einem tradere, nicht zu einem dare verpflichtet, allerdings konnte der Käufer eine Tradition mit dem animus dominii transferendi verlangen,[21]) es mußte, wie Kohler[22]) richtig sagt, „die Tradition nicht eine bloße Besitzesverschaffung, sondern das Gewand des dinglichen Vertrags sein". Da nun der Verkäufer nicht für den Erfolg der Eigentumsverschaffung schlechthin einzustehen hatte, sondern erst von der Eviktion an haftete, da also die Eigentumsverschaffung kein Essentiale des Kaufs war, ist es leicht zu erklären, daß die Römer den Verkauf einer fremden Sache für gültig erklärten;[23]) erst wenn die fremde Sache vom dritten Berechtigten evinziert wurde, haftete der Verkäufer. Die Leistung der fremden Sache war also im römischen Rechte nur unter den Voraussetzungen der Eviktion bezw. des dolus des Verkäufers eine unvollständige Erfüllung; „nur beim Eintritt dieser", sagt Kohler,[24]) „erkennt das Recht an, daß der Leistung etwas fehle, daß ihr der Erfüllungscharakter abgehe". Und weiter fährt Kohler[25]) dann fort: „Allerdings liegt auch nach römischem Recht in der Leistung

---

[20]) vgl. darüber Bechmann a. a. O. Bd. 3 2. Hälfte § 335.

[21]) Ders. A. Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums S. 24 f. und Bechmann a. a. O. Bd. 1 S. 104 Anm. 2, S. 546 ff. Einige der gegenteiligen Ansichten vgl. bei Kohler a. a. O. § 2 S. 236; and. M. scheinbar auch Mommsen a. a. O. S. 11 f.

[22]) a. a. O. S. 237.

[23]) vgl. Mommsen a. a. O. S. 14: „Ingleichen wird keine Unmöglichkeit der Leistung angenommen, wenn eine fremde Sache zum Gegenstande eines Kaufkontraktes gemacht ist. Dies ergibt sich schon aus der Lehre von der Eviktionshaftung, deren Grundsätze die Gültigkeit des über eine fremde Sache abgeschlossenen Kaufkontrakts zu ihrer notwendigen Voraussetzung haben".

[24]) a. a. O. S. 240.

[25]) a. a. O. S. 241.

des Nichteigentums der Keim eines Mangels, welcher aber nur unter gewissen Voraussetzungen aufgeht und die Beachtung der Rechtsordnung findet".

In seiner letzten Entwicklung ist das römische Recht allerdings bestrebt gewesen, den Kaufvertrag dahin auszubauen, daß der Käufer auch ohne Eviktion einfach mit der actio emti Ersatz seines Interesses verlangen konnte, falls ihm der Verkäufer das Eigentum an der gekauften Sache nicht verschafft hatte. Das Verdienst, die einzelnen Stellen der Digesten, in denen dieser Grundsatz, daß wer kauft, auch Eigentum erwerben will, zum Ausdruck kommt, nachgewiesen zu haben, kommt Eck[26]) zu. Ein allgemeines Prinzip derart hat das römische Recht aber nie aufgestellt, sondern grundsätzlich hat es daran festgehalten, daß die Geltendmachung des Interesses seitens des Käufers gegen den Verkäufer zur Voraussetzung hatte die Eviktion der verkauften Sache.

Gegen diese eben ausgeführte römischrechtliche Auffassung des Kaufgeschäfts hat sich Kohler in seinen Zivilistischen Abhandlungen[27]) gewendet. Er sagt dort, daß auch im römischen Recht „dieses System ein dem Kaufgeschäft eigentümliches und analogen Geschäften fremdes sei", daß auch bei den Römern derjenige, der „sich sonst verpflichtet, Eigentum zu übertragen, für den Erfolg der Eigentumsübertragung einstehen müsse, ohne daß die Eviktion abzuwarten wäre";[28]) „es sei daher nicht etwa so, als ob man im Kauf die prinzipielle Ausgestaltung der Sache, in den übrigen Fällen die Ausnahme zu erblicken hätte, vielmehr enthalten die übrigen Fälle die Regel, der Kauf die Ausnahme".[29]) Kohler wirft dann die Frage auf, ob diese Ausnahme im modernen Rechte festgehalten werden könne,[30]) und

[26]) Eck, Die Verpflichtung zur Gewährung des Eigentums S. 28ff.

[27]) S. 252ff.

[28]) S. 252; vgl. dort die für diese Behauptung angeführten Beispiele.

[29]) S. 253.

[30]) Verteidiger des römischen Systems vor allem Bechmann a. a. O. Bd. 1 S. 104ff., dessen für die Aufrechterhaltung des römischen Systems auch im modernen Rechte angeführten Gründe Kohler S. 254f. treffend widerlegt. Eck a. a. O. S. 43 sucht dadurch zu helfen, daß der Käufer überall, „wo durch Nichtverschaffung des Eigentums sein Interesse verletzt

kommt zu folgendem sehr richtigen Ergebnisse, das ja auch in unserem Bürgerlichen Gesetzbuche enthalten ist: „Eine Umgestaltung des Kaufgeschäfts in dem Sinn, daß der Verkäufer Eigentum ebenso unbedingt zu gewähren als zu übertragen schuldig ist, wird daher geboten durch die herrschende Anschauung des Verkehrs, durch das reale Bedürfnis und durch die Satzungen der Moral".[31]) Er schlägt daher für das allgem. deutsche Zivilgesetzbuch aus diesen erwähnten Gründen vor, den Kauf einer fremden Sache für nichtig zu erklären,[32]) da ihm, wie er sagt,[33]) ein Veräußerungsverbot entgegenstehe. Dieser Forderung Kohlers hat nun zwar unser Bürgerliches Gesetzbuch nicht stattgegeben. Dies beruht eben auf der scharfen Scheidung, die unser Gesetzbuch macht zwischen dem obligatorischen Rechtsgeschäfte des Kaufs und dem dem Kaufe immanenten dinglichen Rechtsgeschäfte der Übereignung. Dazu kommt, daß nach Bürgerlichem Gesetzbuch anders als nach römischem Rechte, wo der Satz galt: nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet (D. 50, 17 l. 54), der Käufer unter den Voraussetzungen der §§ 932—936, 892, 2366 BGB., 366, 367 HGB. das Eigentum an der fremden Sache erwerben kann. Weshalb sollte also nach heutigem Rechte der Verkauf einer fremden Sache nichtig sein?

Da nach Bürgerlichem Gesetzbuch der Verkauf einer fremden Sache gültig ist, fällt für unser heutiges Recht auch die von Kohler[34]) aufgeworfene Frage hin, ob die Nichtigkeit des Verkaufs einer fremden Sache lediglich eine relative sei, d. h. ob sich auf sie nur der Käufer berufen könne, oder eine absolute.[35]) Mit Recht entscheidet sich Kohler dafür, daß sie eine absolute ist, und zwar ohne Rücksicht auf die bona oder mala fides des Verkäufers.[36])

---

ist, Ersatz dieses letzteren vom Verkäufer verlangen kann". Gegen die unpraktischen Folgerungen dieser Lehre Kohler S. 257.

[31]) S. 261; ausführliche Begründung S. 258 ff.

[32]) S. 293 § 12 Nr. 1.

[33]) S. 264.

[34]) S. 280 ff.

[35]) So nach dem code civil; vgl. Kohler a. a. O. S. 263 unter 2.

[36]) Begründung seiner Ansicht S. 281 ff.

§ 3.

Möglichkeit der Konvaleszenz?

Wie wir im vorigen Paragraphen gesehen haben, ist der Verkauf einer fremden Sache nach heutigem Rechte gültig, während das dem Kauf immanente dingliche Rechtsgeschäft der Übereignung, sobald es vorgenommen und nicht unter den Voraussetzungen der §§ 932—936, 892, 2366 BGB., 366, 367 HGB. rechtswirksam ist, infolge des mangelnden Eigentums des Verkäufers bezw. seiner mangelnden Befugnis zur Eigentumsübertragung nichtig ist. Von einer Konvaleszenz, d. h. Wirksamwerden des nichtigen Rechtsgeschäfts durch Wegfall des Nichtigkeitsgrundes, kann also bei uns nur hinsichtlich des nichtigen dinglichen Vertrags gesprochen werden, das obligatorische Rechtsgeschäft des Verkaufs einer fremden Sache ist ja nach Bürgerlichem Gesetzbuch gültig. Eine solche Konvaleszenz des nichtigen dinglichen Rechtsgeschäfts ist nach unserem Bürgerlichen Gesetzbuch sehr wohl möglich, wie denn das Bürgerliche Gesetzbuch überhaupt die Konvaleszenz kennt;[1]) die Römer dagegen kannten die Konvaleszenz nur ausnahmsweise[2]): quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.[3]) Gemäß § 185 Abs. 2 BGB. nämlich wird die Verfügung unseres nicht verfügungsberechtigten Verkäufers wirksam, wenn der Verfügungsberechtigte — dies wird meist der Eigentümer der Sache sein — die Verfügung genehmigt, wobei nach § 182 Abs. 2 BGB. die Genehmigung nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form bedarf, oder wenn der Verkäufer die fremde Sache erwirbt, oder wenn er vom Verfügungsberechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt

---

[1]) Konvaleszenzfälle finden sich im BGB. in den §§ 313, 518, 1324, 1328 Abs. 2. Das Rechtswirksamwerden wirkt dabei ex tunc.

[2]) z. B. konvalesziert nach der Oratio Severi et Antonini v. J. 206 n. Chr. die an und für sich nichtige Schenkung unter Ehegatten, wenn der Schenker vor dem Beschenkten stirbt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben, vorausgesetzt daß die Ehe zur Zeit des Todes des betreffenden Ehegatten noch besteht (D. 24, 1 l. 32).

[3]) D. 50, 17 l. 29; vgl. Bechmann a. a. O. Bd. 3 1. Hälfte § 285.

haftet. Diese nachträgliche Zustimmung — so definiert das Bürgerliche Gesetzbuch in § 184 Abs. 1 die Genehmigung — wirkt gemäß § 184 Abs. 1 auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, d. h. kurz ex tunc, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Außerdem kann nachträglicher Eigentumserwerb des Käufers selbst eintreten, z. B. der Käufer beerbt den Eigentümer oder er verschafft sich das Eigentum an der Sache gegen Entgelt oder durch Schenkung vom Eigentümer. In diesen Fällen würde er sich dann aber an den Verkäufer halten können, denn dieser hat ihm das Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen, nicht der Käufer sich selbst; der Verkäufer würde hier seine Pflicht zur Eigentumsverschaffung nicht erfüllt haben und daher haften. Der nachträgliche Eigentumserwerb des Käufers durch Ersitzung spielt im Bürgerlichen Gesetzbuch nur eine Rolle bei beweglichen Sachen in den Fällen des § 935 Abs. 1.

Auch Kohler hat in seinen Zivilistischen Abhandlungen[4]) die Frage nach der Konvaleszenz aufgeworfen; bei ihm kommt nicht nur die Konvaleszenz des dinglichen Rechtsgeschäftes der Eigentumsübertragung in Betracht, sondern vor allem die Konvaleszenz des nach seiner Ansicht nichtigen obligatorischen Vertrags des Verkaufs einer fremden Sache. Mit Recht spricht er sich im Gegensatz zu anderen Schriftstellern, die sich der Konvaleszenz feindlich gegenüberstellen,[5]) für die Möglichkeit derselben aus, indem er sagt, daß mit der Heilung des dinglichen Vertrags auch das nichtige obligatorische Rechtsgeschäft des Verkaufs einer fremden Sache konvalesziert. Demgemäß schlägt er für das allgem. deutsche Zivilgesetzbuch folgenden Satz vor[6]): „Die Nichtigkeit wird geheilt, wenn der Käufer das Eigentum oder den vollen Vermögenswert der Sache erwirbt, oder wenn der Verkäufer in die rechtliche Lage kommt, dem Käufer Eigentum zu verschaffen". Als Gründe der Heilung des

---

[4]) S. 284 ff.

[5]) vgl. die Literatur darüber speziell für das französische Recht bei Kohler a. a. O. § 11 S. 284 und die gegen diese Ansicht von Kohler vorgebrachten Gründe ebenda § 11 S. 284 ff.

[6]) S. 293 § 12 Nr. 2.

dinglichen Vertrags gibt er an[7]): „In erster Reihe steht der nachträgliche Eigentumserwerb des Käufers, in zweiter Reihe ein jeglicher Erwerb des Vermögenswertes der Sache, welcher im ökonomischen Resultate dem Eigentumserwerbe gleichkommt, in gewissem Sinn genügt endlich das nachträgliche Eigentum des Verkäufers oder seines Erben". Mit den ersten beiden Punkten wollen wir uns hier nicht weiter beschäftigen,[8]) sie gelten im wesentlichen auch im heutigen bürgerlichen Rechte; dagegen ist der dritte Punkt interessant, da dessen Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch von der Ansicht Kohlers abweichend ist. Kohler sagt nämlich darüber sehr richtig[9]): „Was nun aber den Eigentumserwerb des Verkäufers und die Beerbung desselben durch den Eigentümer betrifft, so vermag dieselbe in erster Reihe das obligatorische Geschäft zu sanieren, der dingliche Vertrag dagegen wird hierdurch nicht völlig geheilt". Damit hat Kohler sehr recht; denn wenn der Verkäufer nachträglich das Eigentum erwirbt, so wäre er jetzt berechtigt, rechtsgültig über die Sache zu verfügen; daraus folgt aber nicht mit Rechtsnotwendigkeit, daß dadurch das früher vorgenommene nichtige Übereignungsgeschäft gültig werden müßte; dasselbe bleibt nichtig, solange keine positive Gesetzesvorschrift — wie im § 185 Abs. 2 BGB. — besteht, die es durch den nachträglichen Eigentumserwerb des verfügenden Nichtverfügungsberechtigten konvaleszieren läßt. Kohler führt dann seine Ansicht mit folgenden Worten weiter aus[10]):

„Wohl aber kann

1. der Käufer oder der Erbe auf den Vollzug des dinglichen Vertrages klagen und denselben in contumaciam durch das Gericht erwirken.

2. Aber auch ohne diesen nachträglichen Vollzug ist der Käufer, sein Universal- wie Singularsukzessor gegen den Verkäufer und dessen Sukzessoren gesichert durch die exceptio rei

---

[7]) vgl. S. 290.

[8]) vgl. deren genauere Erörterung und Begründung Kohler a. a. O. S. 290ff.

[9]) S. 292.

[10]) S. 292.

vend. et trad. bezw. exceptio doli sowie durch die entsprechende Replik gegen eine etwaige exceptio dominii".

Auch an einer anderen Stelle seiner Zivilistischen Abhandlungen[11]) folgert Kohler für das römische Recht wohl mit Recht daraus, daß auch schon nach römischem Rechte der Verkäufer verpflichtet ist, den dinglichen Vertrag abzuschließen, und daß der Käufer darauf mit der actio empti klagen kann, „daß der Verkäufer, wenn er durch einen neuen Zuwachs zu seinem Vermögen in die Lage kommt, einem Mangel des dinglichen Vertrags abzuhelfen, er hierzu verpflichtet ist. War er nicht Eigentümer zur Zeit der Tradition und ist er später Eigentümer geworden, so ist er nachträglich verpflichtet, das Übereignungsgeschäft vorzunehmen. Dies sagt auch das römische Recht ausdrücklich: Si quis alienam rem vendiderit et medio tempore heres domino rei exstiterit, cogetur implere venditionem" (D. 19, 1 l. 46). Nach Bürgerlichem Gesetzbuch sind alle diese Erwägungen hinfällig infolge der positiven Vorschrift des § 185 Abs. 2.

---

[11]) S. 237.

Zweites Kapitel.

Der Verkauf einer fremden Sache und die Haftung des Verkäufers aus diesem Rechtsgeschäfte.

§ 4.

Einleitung.

Gemäß § 433 BGB. ist der Verkäufer durch den Kaufvertrag verpflichtet, dem Käufer die verkaufte Sache zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen. Der Käufer hat, wie man sich in der Literatur ausdrückt,[1]) einen sogen. Verschaffungsanspruch. Nichtverschaffung des Eigentums an den Käufer bedeutet einen Mangel im Rechte, und einen solchen hat der Verkäufer gemäß den §§ 434, 439, 440 BGB. zu vertreten.

In diesem Kapitel soll nun untersucht werden, als was für eine Unmöglichkeit der Verkauf einer fremden Sache sich darstellen kann und wie die Haftung des Verkäufers einer fremden Sache sich gestaltet. Dabei ist nochmals[2]) darauf hinzuweisen, daß hier nicht zu behandeln ist der Fall, daß beide Teile über die Sache als eine fremde ausdrücklich kontrahieren. Ferner ist in diesem Zusammenhang noch folgendes zu erwähnen. Wie Kisch[3]) ganz richtig betont, ist zu unterscheiden „zwischen den Verträgen, bei denen der Schuldner die Gewähr für einen bestimmten Erfolg übernimmt, und den Verträgen, bei denen er lediglich ein be-

---

[1]) vgl. z. B. Dernburg, BGB. Bd. 2 § 167 II; Oertmann a. a. O. § 440 Anm. 1; Endemann a. a. O. § 160a, 3; Kuhlenbeck, BGB. Bd. 1 § 433 Anm. 1; Neumann a. a. O. Vorbem. 1 zu §§ 434—445.

[2]) vgl. oben S. 4.

[3]) Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit S. 15 unter III.

stimmtes Verhalten, ohne Haftung für den Erfolg, verspricht". Im ersten Falle haftet der Schuldner, falls er den übernommenen Erfolg nicht herbeiführen kann, während er im zweiten Falle schon erfüllt hat, wenn er sich nur in der vereinbarten Weise verhält, ganz gleich, ob der Erfolg, der dem Gläubiger durch das versprochene Verhalten gewährt werden soll, im konkreten Falle erreicht worden ist oder nicht. Dieser Unterschied ist, wie Kisch[4]) weiter ausführt, von besonderer Bedeutung bei Rechtsgeschäften über fremde Sachen. So ist auch beim Verkauf einer fremden Sache zu unterscheiden, ob die Verpflichtung des Verkäufers sich bezieht auf Verschaffung des Eigentums an der Sache selbst oder aber bloß darauf, Schritte zu tun, um den Eigentümer der fremden Sache zu veranlassen, in den Verkauf der Sache einzuwilligen.[5]) „Im letzteren Fall wird der Verkäufer", sagt Kisch[6]) richtig, „wenn er sich erfolglos bemüht, frei, im ersteren nicht." Für unsere Schrift, die ja das Thema vor allem nach der Seite der Unmöglichkeitslehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs behandeln will, kommt nur der erstere Fall in Betracht, daß die Verpflichtung des Verkäufers dahin geht, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen, daß er also die Haftung für den Erfolg übernimmt; der zweite Fall scheidet für unsere Abhandlung aus. Er ist auch gar kein Fall des Verkaufs.

Die Haftung des Verkäufers einer fremden Sache ist nun ganz verschieden je nach dem konkreten Tatbestande des einzelnen Falles. Der Verkauf einer fremden Sache bedeutet für den Verkäufer, ausgenommen natürlich die Fälle, wo er den Eigentümer zur Einwilligung in den Verkauf veranlassen kann oder das Eigentum an der fremden Sache bezw. die Verfügungsberechtigung darüber bis zum Zeitpunkte der Erfüllung erwirbt,

---

[4]) a. a. O. S. 15 Anm. 18.

[5]) vgl. auch Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen S. 16ff.; Neumann a. a. O. § 433 Anm. I, 1b; Mot. Bd. 2 S. 181f.; Mommsen a. a. O. S. 57f.; Bechmann a. a. O. Bd. 2 S. 71.

[6]) a. a. O. S. 15 Anm. 18.

eine unmögliche Leistung.[7]) Je nachdem nun die Unmöglichkeit[8]) ist eine objektive oder eine subjektive, eine ursprüngliche oder eine nachträgliche,[9]) eine absolute oder eine relative, d. i. sie, wie Mommsen[10]) sagt, „je nachdem der Grund derselben, abgesehen von den besonderen Umständen des konkreten Falls, schon in der Natur der Leistung an sich liegt oder die Möglichkeit der Erwirkung der Leistung durch Umstände ausgeschlossen ist, welche sich auf den einzelnen Fall beziehen", eine zeitweilige oder eine dauernde,[11]) eine zufällige oder nicht zu vertretende oder eine zu vertretende,[12]) eine totale, d. h. eine solche, die das

---

[7]) Das BGB. hat nur für die objektive Unmöglichkeit den Ausdruck „Unmöglichkeit"; zur Kennzeichnung der subjektiven Unmöglichkeit bedient es sich des Ausdrucks „Unvermögen des Schuldners zur Leistung". Vgl. §§ 275, 279, 306 BGB.

[8]) vgl. über die Arten der Unmöglichkeit Mommsen a. a. O. S. 4 ff.; Kisch a. a. O. S. 8 f.; Titze a. a. O. §§ 2—5; Hartmann a. a. O. § 6 S. 166 ff.; Crome a. a. O. § 145, 1; Matthiaß a. a. O. § 73 V; Biermann, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung S. 81 ff.; Goldmann-Lilienthal, BGB. Bd. 1 § 85 III u. IV; Planck Vorbem. zu §§ 275—290; Staudinger, Vorbem. zu §§ 275—282; Oertmann a. a. O., Vorbem. zu §§ 275—283.

[9]) vgl. darüber genauer unten § 7.

[10]) a. a. O. S. 4 f. Diese Unterscheidung wird von Hartmann a. a. O. S. 172 nicht anerkannt.

[11]) vgl. dazu besonders Kisch a. a. O. S. 24: „Die Unmöglichkeit ist dann eine dauernde, wenn sich ihr rechtzeitiger Wegfall nicht absehen läßt". Vgl. ferner noch besonders Mommsen a. a. O. S. 147 und S. 292, der „in der Eigenschaft der Kontinuität" das Merkmal für die dauernde Unmöglichkeit findet. Ferner Kleineidam a. a. O. S. 96 ff.; Mot. Bd. 2 S. 45, die sagen: „Auch der Begriff der dauernden Unmöglichkeit im Gegensatz zu einer vorübergehenden kann durch das Gesetz nicht bestimmt werden". Titze a. a. O. S. 10 gebraucht den Begriff absolute und dauernde, relative und zeitweilige Unmöglichkeit in demselben Sinne.

[12]) vgl. darüber besonders Kisch a. a. O. S. 36 ff. und Titze a. a. O. § 3 S. 74 ff. Auf den Unterschied zwischen juristischer und natürlicher oder, wie man sie auch nennt (vgl. z. B. Kisch a. a. O. S. 8), rechtlicher und faktischer Unmöglichkeit kommt für die Haftung nichts an; vgl. deren Definition in der in Anm. 8 angegebenen Literatur. Mommsen (a. a. O. S. 3 f.) z. B. definiert sie richtig dahin, daß juristische Unmöglichkeit vorliegt, wenn der Grund derselben in einer Rechtsregel, natürliche Unmöglichkeit, wenn ihr Grund in einem Naturgesetz liegt.

ganze Schuldverhältnis ergreift, oder nur eine teilweise, d. h. eine solche, die nur einen Teil der geschuldeten Leistung unmöglich macht, je nachdem Gegenstand der unmöglichen Leistung ist eine bewegliche oder unbewegliche, eine vertretbare oder unvertretbare Sache, je nachdem der Gläubiger bezw. der Schuldner den Mangel beim Abschluß des auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrags kannte oder nicht, je nachdem nun ist die Haftung des Schuldners verschieden oder kann sie verschieden sein bezw. hat sie verschiedene Voraussetzungen. Ob nun alle diese eben aufgezählten Arten der Unmöglichkeit für unsere Abhandlung in Betracht kommen und wie sich im einzelnen Fall dann die Haftung des Verkäufers einer fremden Sache gestaltet, darüber wird weiter unten[13]) gesprochen werden.

Es sollen nun im folgenden zunächst behandelt werden die Voraussetzungen der Haftung des Verkäufers einer fremden Sache. Sodann soll an der Hand einzelner konkreter Beispiele untersucht werden, als was für eine Unmöglichkeit sich der Verkauf einer fremden Sache darstellen kann, und im Anschluß an die einzelnen Beispiele soll die Art und Weise der Haftung des Verkäufers einer fremden Sache erörtert werden.

Erster Abschnitt.

Die Voraussetzungen der Haftung des Verkäufers einer fremden Sache.

§ 5.

Haftung des Schuldners bedeutet u. a. Verbindlichkeit zum Ersatz eines Schadens, den der Gläubiger infolge der Nichterfüllung oder der nur unvollständigen Erfüllung der Verpflichtungen seitens des schadensersatzpflichtigen Schuldners erlitten hat. In welchem Umfange die Haftung des Verkäufers einer fremden Sache eintritt, dies ist ganz verschieden; wir werden dies weiter unten (vgl. §§ 8—11) sehen; in diesem Paragraphen wollen wir nur die Voraussetzungen erörtern, unter

[13]) vgl. unten §§ 6—11.

denen überhaupt eine Haftung eintritt. Im allgemeinen ist zu sagen, daß der Schuldner, wenn er die ihm obliegende Leistung nicht bewirkt oder nicht so bewirkt, wie er sie zu bewirken hat, grundsätzlich haftbar ist; wenn ihm jedoch die Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, wird er von der Haftung befreit (vgl. § 275 BGB. und für die gegenseitigen Verträge die besondere Vorschrift des § 323 BGB.).

Die Haftung des Verkäufers einer fremden Sache gegenüber dem Käufer für die Nichtverschaffung des Eigentums an der verkauften fremden Sache hat nun folgende Voraussetzungen:

1. Es ist hinsichtlich dieser Haftung des Verkäufers einer fremden Sache zu unterscheiden, ob dem Verkäufer die Verschaffung des Eigentums erst nach dem Abschlusse des Kaufvertrags über die fremde Sache unmöglich geworden ist, oder ob er schon im Zeitpunkte des Abschlusses des Vertrages dazu außerstande war, d. h. ob, wie wir weiter unten (vgl. § 7) darlegen werden, nachträgliche oder ursprüngliche Unmöglichkeit vorliegt. Im ersteren Falle haftet er, abgesehen vom Falle des § 279 BGB., wo ohne Rücksicht auf Verschulden gehaftet wird (vgl. unten § 9), nur unter der Voraussetzung, daß ihm die Leistung unmöglich geworden ist infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat; dies ergibt sich aus § 440 Abs. 1 BGB. Im letzteren Fall dagegen hat der Verkäufer die Nichtverschaffung des Eigentums immer zu vertreten, denn wenn er sich beim Abschlusse des Verkaufs nicht orientiert hat, ob er das Eigentum an der verkauften Sache verschaffen kann, so darf er die Sache eben nicht verkaufen, darf er sich nicht zur Eigentumsverschaffung verpflichten; es liegt dann darin immer mindestens eine Fahrlässigkeit. Der Käufer ist, wie Brecht[1]) mit Recht ausführt, fast nie imstande, die tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen des Verkäufers zum Gegenstande des Kaufs zu beurteilen, er muß sich dabei ganz auf seinen Verkäufer verlassen und verlassen können; es ist dies eine Forderuug rechtlicher und wirtschaftlicher Verkehrssicherheit. Der Verkäufer

[1]) vgl. Diss. S. 28 f. und in Jherings Jahrb. Bd. 53 S. 284 ff.

muß demnach für die Richtigkeit seiner Behauptungen einstehen. Weiß er nicht genau, ob er ein solches Versprechen, dem Käufer das Eigentum zu übertragen, abgeben kann, so soll er es nicht tun; tut er es dennoch, so haftet er, und zwar auf das Erfüllungsinteresse. „Es ist ein solches Haftungsversprechen nach Treu und Glauben aus jedem Vertrage zu entnehmen, solange sich nicht deutlich das Gegenteil ergibt.“ Diese unbedingte Haftung des Schuldners für ursprüngliches Unvermögen ergibt sich also von selbst aus der Parteivereinbarung.

Der Verkäufer einer fremden Sache haftet also für Nichtverschaffung des Eigentums bei ursprünglichem Unvermögen schlechthin, bei nachträglicher Unmöglichkeit und nachträglichem Unvermögen, abgesehen vom Falle des § 279 BGB., nur, wenn ihn ein Verschulden trifft.[2]) Im letzteren Falle muß natürlich

---

[2]) Ebenso Mot. Bd. 2 S. 220 zu § 377; Planck § 440 Anm. 3 u. 4a; Staudinger § 440 Anm. I B, 1a u. b; Oertmann § 440 Anm. 2c α u. β; Brecht, Dissert. S. 9; ebenso Titze a. a. O. S. 57 Anm. 7 S. 75, 249, 265 f., aber nur für den Kauf, die ihm verwandten Austauschobligationen und die Miete, während er im übrigen im Gegensatz zu der herrschenden Meinung, wonach der Schuldner im allgemeinen aus dem auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrage unbedingt, also ohne Rücksicht auf das Verschulden, auf das Erfüllungsinteresse haftet (vgl. z. B. Planck § 275 Anm. 2; Staudinger Vorbem. 6b zu §§ 275—282; Schollmeyer, BGB. Bd. 2 § 283 Anm. 2; Neumann § 306 Anm. 2; Kuhlenbeck § 275 Anm. 3; Endemann a. a. O. § 124 Anm. 24a; Cosack a. a. O. § 100 I), die Ansicht vertritt, daß in dieser Beziehung das anfängliche dem nachträglichen Unvermögen gleich zu behandeln sei, daß der Schuldner das anfängliche Unvermögen also nur zu vertreten hat, wenn es auf einem Umstande beruht, den er zu vertreten hat (vgl. S. 247 ff.). And. M. als der Verf. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse 1. Aufl. 1897 S. 9 unter 2, der dort sagt, daß das Gesetz hinsichtlich der Rechte, die es dem Käufer bei Nichtverschaffung des Eigentums an der verkauften Sache seitens des Verkäufers gewährt, im § 440 Abs. 1 BGB. auf die allgemeinen Vorschriften über gegenseitige Verträge (§§ 320—327 BGB.) verweist. „Demgemäß wären diese Rechte verschieden, je nachdem verschuldete oder unverschuldete Unmöglichkeit rechtzeitiger Erfüllung oder der Erfüllung überhaupt vorläge. Indessen damit wäre schwerlich die Auffassung des Gesetzes getroffen, welches den Verkäufer unbedingt verpflichtet, für Mängel im Rechte einzustehen, einerlei, ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht.“ In seiner 2. Aufl. 1904

die eingetretene Unmöglichkeit bezw. Unvermögen mit dem kulposen Verhalten des Schuldners in ursächlichem Zusammenhange stehen.[3])

Zu vertreten hat nun gemäß § 276 Abs. 1 BGB. unser Verkäufer Vorsatz und Fahrlässigkeit, und zwar sowohl grobe als leichte Fahrlässigkeit, sofern die Parteien nichts anderes verabredet haben; der § 276 enthält also ius dispositivum. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt (§ 276 Abs. 1 Satz 2); der Unterschied zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit ist im Gesetze nicht definiert. Eine Vereinbarung, durch die dem Verkäufer einer fremden Sache die ihm wegen seines mangelnden Eigentums obliegende Verpflichtung zur Gewährleistung erlassen oder beschränkt wird, ist möglich; doch ist sie nichtig, wenn der Verkäufer wußte, daß er nicht Eigentümer war, dies aber dem Käufer arglistig verschwieg (§ 443 BGB.), was schon § 276 Abs. 2 BGB. ganz allgemein ausdrückt: „Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden". Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch sind die Umstände, die der Schuldner zu vertreten hat, vom Verschulden des Schuldners zu scheiden. Erstere sind umfassend. In dieser Hinsicht sagt Kleineidam[4]): „Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet zwischen den Fällen, wo der für das Nichterfüllenkönnen kausale Umstand vom Schuldner der Leistung zu vertreten ist, und denjenigen, wo dies nicht zutrifft", da „dieser Ausdruck weiter ist als der im gemeinen und römischen Rechte übliche" „der Unterscheidung zwischen verschuldetem und nicht verschuldetem Nichterfüllenkönnen" und auch „die zuletzt genannten Fälle zwanglos umfaßt". So hat der Schuldner nach § 279 BGB. bei einer Gattungsschuld sein Unvermögen zur Leistung, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, auch dann

---

erörtert Schollmeyer diese Frage nicht ausdrücklich, scheint aber unserer Ansicht zu sein (S. 21). Für die unbedingte Haftung des Verkäufers auch wegen nachträglich eintretender Rechtsmängel sind Cosack a. a. O. § 125 II, 4 u. Endemann a. a. O. § 160a Nr. 3; scheinbar auch Crome a. a. O. § 218, 3 u. Matthiaß a. a. O. § 105 II E.

[3]) vgl. Titze a. a. O. S. 82.

[4]) a. a. O. S. 91.

zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. „Vertreten" heißt nicht den Schaden, sondern die Verantwortlichkeit tragen[5]) und auf Grund derselben auf Schadensersatz haften. Gemäß § 278 BGB. hat daher der Schuldner, in unserem Falle der Verkäufer, auch ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters, natürlich nur insoweit, als dieser in dieser seiner Eigenschaft bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses beteiligt war, und seiner Erfüllungsgehilfen in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden.[6])

2. Ferner ist Voraussetzung für die Haftung des Verkäufers der fremden Sache, daß der Käufer das dem Verkäufer mangelnde Eigentum, diesen Mangel im Rechte des Verkäufers, beim Abschluß des Kaufs nicht kennt.[7]) Kennt er diesen Mangel, so hat der Verkäufer ihn nicht zu vertreten (§ 439 Abs. 1 BGB.). Wer in Kenntnis des Mangels im Rechte kauft, tut dies auf eigene Gefahr, wenn er nicht besondere Gewährleistung ausbedingt.[8]) Der Käufer kann also den in Kenntnis des mangelnden Eigentums des Verkäufers gezahlten Kaufpreis gemäß § 814 BGB. nicht kondizieren. Die Gründe für die gegenteilige Ansicht Kohlers[9]) schlagen nach Bürgerlichem Gesetzbuch nicht durch, da nach heutigem Rechte der Verkauf einer fremden Sache ein gültiges und nicht, wie Kohler seiner Begründung zugrunde

---

[5]) vgl. Kisch a. a. O. S. 39.

[6]) Diese Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen geht sogar so weit, daß, wenn z. B. jemand ein Pferd verkauft, das sich nicht in seinem unmittelbaren Besitze befindet, sondern an dem er nur mittelbaren Besitz hat, er für das Verschulden derer haftet, die den unmittelbaren Besitz haben, da er mit dem Abschlusse des Verkaufs dem Käufer gegenüber eine gewisse Diligenzpflicht übernommen hat und die unmittelbaren Besitzer als Erfüllungsgehilfen dieser Diligenzpflicht zu betrachten sind. Vgl. darüber Näheres bei Titze a. a. O. S. 86 ff.

[7]) Ebenso code civil art. 1599: La vente de la chose d'autrui est nulle: elle peut donner lieu à des dommages-intérêts, lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui. Vgl. Kohler a. a. O. S. 224. Mot. Bd. 2 S. 215 sagen: „Im Falle der Kenntnis des Erwerbers ist dessen Verzicht auf die Gewährleistung oder die Annahme begründet, daß er die aus dem Rechte des Dritten ihm drohende Gefahr übernehmen wollte".

[8]) vgl. Neumann § 439 Anm. 1.

[9]) a. a. O. S. 227f.

legt, ein nichtiges Rechtsgeschäft ist. Dagegen hat der Verkäufer sein mangelndes Eigentum zu vertreten, wenn der Käufer dies nur kennen mußte, d. h. nach der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs fahrlässigerweise nicht kannte (vgl. § 122 Abs. 2 BGB.), oder im Zweifel darüber war, ob das Eigentum dem Verkäufer zustand.[10])

3. Eine weitere Voraussetzung für die Haftung des Verkäufers einer fremden Sache auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, und nur wegen dieses Rechtes, statuiert das BGB. in § 440 Abs. 2—4 bei beweglichen Sachen, die übergeben worden sind. Wenn nämlich eine bewegliche Sache verkauft und dem Käufer zum Zwecke der Eigentumsübertragung übergeben worden ist, so kann der Käufer wegen des Rechtes eines Dritten, das zum Besitze der Sache berechtigt, in unserem Falle also wegen des dem Dritten zustehenden Eigentums, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur verlangen, wenn er dem Dritten die Sache mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat oder sie dem Verkäufer zurückgewährt, oder wenn die Sache untergegangen ist (§ 440 Abs. 2 BGB.). Es hat sich hier also noch im heutigen Rechte die Eviktion des römischen Rechtes erhalten. Dabei ist für den Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Falle des Untergangs der Sache zu beachten, daß es dabei nicht darauf ankommt, ob der Untergang der Sache durch Zufall oder durch Verschulden des Käufers erfolgt ist, in welch letzterem Falle jedoch dem Verkäufer ein Schadensersatzanspruch zustehen kann, und daß, wie schon oben erwähnt,[11]) nur ein Schaden, der mit dem Rechtsmangel, d. h. in unserem Falle mit dem dem Verkäufer mangelnden Eigentume, in ursächlichem Zusammenhange steht, zu ersetzen ist. Ein solcher Schaden ist z. B. vorhanden, wenn der Käufer die Sache weiterveräußert hat und hierauf erfährt, daß er nicht Eigentümer geworden ist; infolgedessen sieht er sich genötigt, den zweiten Käufer darauf aufmerksam zu machen, daß er ihm Eigentum nicht gewähren könne, worauf der zweite Käufer erklärt, daß er vom Vertrage zurücktrete, und die Sache dem ersten

---

[10]) vgl. Neumann § 439 Anm. 1.

[11]) vgl. Text zu Anm. 3 oben.

Käufer herausgibt, die nun bei diesem durch Zufall untergeht; dann wird der erste Käufer Schadensersatz verlangen können wegen des durch die Rückgängigmachung des Verkaufs an den zweiten Käufer ihm entgangenen Gewinns oder für den Schadensersatz, den er seinerseits dem zweiten Käufer wegen des mangelnden Eigentums hat leisten müssen. In diesen Fällen schließt also der nachträglich eintretende Untergang der Sache den Schadensersatzanspruch nicht aus.[12]) Der Herausgabe der Sache an den Dritten steht es gleich, wenn der Dritte den Käufer oder dieser den Dritten beerbt, oder wenn der Käufer das Recht des Dritten anderweit erwirbt oder den Dritten abfindet (§ 440 Abs. 3 BGB.). Steht dem Käufer ein Anspruch auf Herausgabe gegen einen anderen zu, so genügt an Stelle der Rückgewähr die Abtretung des Anspruchs (§ 440 Abs. 4 BGB.); z. B. wenn dem ersten Käufer die fremde Sache, die er an einen zweiten Käufer weiterveräußert hat, von letzterem wegen des mangelnden Eigentums zurückgegeben worden ist und nun beim ersten Käufer gestohlen wird; dann genügt die Abtretung des Herausgabeanspruchs des ersten Käufers gegen den Dieb an den Verkäufer. Der § 440 Abs. 2 BGB. enthält also hinsichtlich fremder beweglicher Sachen, die dem Käufer bereits zum Zwecke der Eigentumsübertragung übergeben sind, eine Einschränkung des Rechts, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen; die übrigen Rechte des § 325 BGB., d. h. Rücktrittsrecht und die Geltendmachung der Rechte des § 323 BGB., dagegen kann der Käufer sogleich geltend machen, nachdem er von dem Mangel erfahren hat, ohne erst die Eviktion abwarten zu müssen, denn natürlich kann der Käufer in den Fällen des § 440 Abs. 2—4 BGB. anstatt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung auch eines der übrigen Rechte des § 325 BGB. geltend machen. Bei Grundstücken hat man eine der Vorschrift des § 440 Abs. 2—4 entsprechende Bestimmung nicht für nötig gehalten, weil hier der drittberechtigte Eigentümer jederzeit die Grundbuchberichtigung durchführen kann,

[12]) Dagegen haftete im römischen Recht der Verkäufer grundsätzlich nicht, wenn die dem Käufer übergebene Sache vor erfolgter Eviktion durch Zufall unterging; es war also in dem obenerwähnten Falle ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung im römischen Rechte nicht begründet.

wenn der Käufer im Grundbuche steht und doch in Wirklichkeit kein Eigentum hat, während bewegliche Sachen leicht in die Hände anderer gelangen können, so daß man schließlich nicht weiß, wo sie sich befinden;[13]) dazu kommt, daß gemäß des im § 892 BGB. ausgedrückten Prinzips des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs der Käufer als Eigentümer nur eingetragen wird, wenn der Verkäufer als solcher im Grundbuche steht, und daß der Käufer meist das Eigentum erwerben wird, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen war oder die Unrichtigkeit des Grundbuchs dem Käufer bekannt, d. h. dieser nicht in gutem Glauben war.[14]) Diese Kenntnis vom Mangel im Rechte des Verkäufers muß, wie Schollmeyer[15]) richtig ausführt, bei Grundstücken, falls der Verkäufer im Grundbuche als Eigentümer eingetragen ist, zwischen Kaufsabschluß und Auflassung der Kaufsache eintreten. Denn war sie schon beim Kaufsabschlusse vorhanden, so wird der Verkäufer von der Haftung frei, ausgenommen in den Fällen des § 439 Abs. 2 BGB. Tritt sie aber erst nach der Auflassung ein, so hat der Käufer kraft seines guten Glaubens trotz des fehlenden Eigentums des Verkäufers Eigentum erlangt (vgl. §§ 891, 892 BGB.).

4. Endlich setzt die volle Haftung des Verkäufers einer fremden Sache noch voraus, daß zwischen ihm und dem Käufer keine Vereinbarung getroffen worden ist, durch die ihm die wegen seines mangelnden Eigentums ihm obliegende Verpflichtung zur Gewährleistung dem Käufer gegenüber erlassen oder beschränkt wird, in welch letzterem Falle nicht die volle, sondern nur eine teilweise Haftung des Verkäufers eintreten würde. Eine solche Vereinbarung ist, wie schon oben unter 1 erwähnt, gemäß § 443 BGB. möglich; doch ist sie nichtig, wenn der Verkäufer sein mangelndes Eigentum kennt, es aber arglistig, d. h. vorsätzlich in der Absicht der Schädigung des Käufers, verschweigt (§ 443 BGB.).

---

[13]) vgl. Prot. Bd. 6 S. 170 (bei Besprechung des § 440).
[14]) vgl. Prot. Bd. 1 S. 663.
[15]) Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse 2. Aufl. 1904 S. 20.

Keinen Einfluß auf die Haftung des Verkäufers hat ein Annahmeverzug des Käufers der fremden Sache. Von einem solchen könnte man in der Hinsicht sprechen, daß der Käufer, der nicht weiß, daß dem Verkäufer das Eigentum mangelt — denn wüßte er dies, so würde ja die Haftung des Verkäufers gemäß § 439 Abs. 1 BGB. sowieso ausgeschlossen sein —, als der Verkäufer den Eigentumsübertragungsakt vornehmen will, seine Mitwirkung dazu verweigert, denn gemäß § 929 BGB. erfordert die Eigentumsübertragung Einigung zwischen Veräußerer und Erwerber. Da nun aber dieser Eigentumsübertragungsakt doch nur ein Scheinvorgang sein würde, durch den auf den Käufer mangels des Eigentums des Verkäufers doch nicht Eigentum übergehen würde — die Fälle, in denen die Voraussetzungen zutreffen, unter denen der Käufer trotz des mangelnden Eigentums des Verkäufers Eigentümer werden würde (vgl. §§ 932—936, 892, 2366 BGB., 366, 367 HGB.), sollen für unsere Abhandlung nicht in Betracht gezogen werden —, da also der Verkäufer durch diesen Akt seine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung gar nicht erfüllen würde, so können auch die Grundsätze über den Annahmeverzug keine Anwendung finden, denn dieser setzt doch voraus, daß der Schuldner durch die Annahme der Leistung durch den Gläubiger von seiner Verbindlichkeit befreit werden würde, daß ihm daher beim Verzug des Gläubigers nicht zugemutet werden kann, seine Verbindlichkeit und die daraus resultierenden Unannehmlichkeiten, wie z. B. Tragen der Gefahr,[16]) noch weiter mit sich herumzuschleppen.[17])

Anders als nach unserem Bürgerlichen Gesetzbuche war die Haftung wegen mangelnden Eigentumsübergangs im römischen Rechte gestaltet.[18]) Außer im Falle des dolus und der culpa

---

[16]) Das Wort „Gefahr“ wird im BGB. nur mit Beziehung auf einen zufälligen Schaden gebraucht; vgl. über den Begriff des römischen periculum Mommsen a. a. O. S. 237 f.

[17]) vgl. § 297 BGB.; ferner vgl. auch Titze a. a. O. S. 22, der dort sagt, daß „die mora accipiendi die Möglichkeit der Leistung zur begrifflichen Voraussetzung habe“.

[18]) vgl. zum folgenden Kohler a. a. O. S. 239 f. Wie die Haftung des Verkäufers im römischen Rechte geltend gemacht wurde, darüber vgl. Kohler a. a. O. S. 227 ff.

lata, die dem dolus in bezug auf kontraktliche Verhältnisse gleichstand,[19]) wofür der Verkäufer das volle id quod interest, das heute sogen. positive Erfüllungsinteresse leisten mußte, d. h. alles, was der Käufer hätte, wenn das Rechtsgeschäft vollwirksam geworden wäre, wenn es seine normalen Folgen hätte entwickeln können, haftete der gutgläubige Verkäufer einer fremden Sache nur im Falle der Eviktion, d. h. falls die fremde Sache dem Käufer von dem Drittberechtigten durch die Eigentumsklage wieder entzogen worden war.[20]) Der Verkäufer haftete also für Eigentumsverschaffung, aber nur dann, wenn aus dem nicht verschafften Eigentume Schaden für den Käufer entstanden war. Dabei mußte diese Eviktion ohne Verschulden des Käufers eingetreten sein, d. h. der Käufer mußte zur Erhaltung der Sache alles getan haben, was ihm billigerweise zugemutet werden konnte, anderenfalls die Haftung des Verkäufers nicht eintrat. So durfte z. B. der Käufer die Ersitzung nicht versäumt, er durfte den Besitz der Sache im allgemeinen nicht freiwillig aufgegeben,[21]) er durfte im Eviktionsstreit nichts verabsäumt haben, sonst Verlust seines Schadensersatzanspruchs. Nach Bürgerlichem Gesetzbuch dagegen kann, wenn das Eigentum nicht verschafft worden ist, schon deswegen allein Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung vom Käufer erhoben werden, sobald dieser nur erfahren hat, daß er nicht Eigentümer geworden ist; die Eviktion findet sich, etwas abgeändert, heute nur noch bei be-

---

[19]) vgl. Jhering in seinen Jahrb. Bd. 4 S. 12f., der dort gegen die von Mommsen (a. a. O. S. 109) vertretene Ansicht, daß bei den Römern ganz allgemein die culpa lata dem dolus als causa obligationis gleichstand, vorgeht.

[20]) vgl. jedoch in der letzten Entwicklung des römischen Rechts oben S. 10.

[21]) Trotz freiwilliger Aufgabe des Besitzes trat Haftung des Verkäufers nach römischem Rechte doch ein in folgendem Falle: Jemand hat einen Sklaven freigelassen, der aber, wie sich später herausstellte, nicht ihm gehörte, sondern einem anderen Eigentümer. Dieser manumissor, so entscheiden die Quellen, hat gegen den Verkäufer, von dem er den Sklaven gekauft hat, die actio emti auf Schadensersatz, weil ihm ja das Patronatsrecht mit allen seinen Vorteilen entgangen ist (D. 19, 1 l. 43 u. l. 45, 2; D. 21, 2 l. 25 u. 26); vgl. dazu Bechmann a. a. O. Bd. 3 2. Hälfte S. 51.

weglichen Sachen im Falle des § 440 Abs. 2—4.[22]) Befand sich der Käufer bei Abschluß des Kaufs in mala fide, d. h. war er mit der Unmöglichkeit bekannt, so war auch nach römischem Rechte die Haftung des Verkäufers ausgeschlossen.[23])

Zweiter Abschnitt.

Der Verkauf einer fremden Sache und die Art der Haftung des Verkäufers aus diesem Rechtsgeschäfte.

§ 6.

Einleitung.

Der Verkauf einer fremden Sache bedeutet, wie schon oben erwähnt,[1]) für den Verkäufer die Zusage einer unmöglichen Leistung. Bei der Unmöglichkeit der Leistung macht man vor allem die sehr wichtige Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit; unser Bürgerliches Gesetzbuch hat für die erstere den Ausdruck „Unmöglichkeit",[2]) für die letztere sagt es „Unvermögen des Schuldners zur Leistung". Je nachdem die eine oder die andere Art der Unmöglichkeit vorliegt, gestaltet sich die Art der Haftung verschieden. Um nun zur Klarheit darüber zu gelangen, was für eine Unmöglichkeit der Verkauf einer fremden Sache darstellt, vor allem, ob er sich auch charakterisieren kann als objektive Unmöglichkeit, ist es nötig, den Unterschied zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit zu erörtern. Die Frage, als was für eine Unmöglichkeit sich der Verkauf einer fremden Sache darstellt, und daran anschließend die Art der Haftung sollen an der Hand einzelner

[22]) vgl. oben unter Nr. 3 in diesem Paragraphen.

[23]) vgl. Mommsen a. a. O. S. 108; Jhering in seinen Jahrb. Bd. 4 S. 14 unter Nr. 4, der dort ausführt, daß bei den Römern schon dem Falle des Wissens der des Wissenmüssens gleichstand, was er aus der Analogie der ädilizischen Klage schließt, bei der diese Gleichstellung ausdrücklich erwähnt werde und bei der es sich ja ebenfalls um Mängel der verkauften Sache handle.

[1]) vgl. oben S. 17/18.

[2]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 44.

konkreter Beispiele untersucht werden, denn wie wir sehen werden, kann der Verkauf einer fremden Sache ganz verschiedene Gestaltungen haben, so daß sich allgemeine Sätze darüber, wann hier eine unmögliche Leistung und was für eine Art derselben vorliegt, nicht aufstellen lassen, sondern dies stets im einzelnen Falle entschieden werden muß.

§ 7.

Unmöglichkeit und Unvermögen.

Der Begründer der Lehre von der Unmöglichkeit ist Friedrich Mommsen, von dem die Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit herrührt.[1]) Was Mommsen als objektive Unmöglichkeit bezeichnet, nennt unser Bürgerliches Gesetzbuch, wie schon des öfteren erwähnt, schlechtweg „Unmöglichkeit"; die subjektive Unmöglichkeit bezeichnet es als „Unvermögen des Schuldners zur Leistung".[2]) Über die Abgrenzung der beiden Begriffe gegeneinander herrscht in der Literatur großer Streit; ihre Definitionen werden sehr verschieden gegeben.[3]) Zunächst erhebt sich die Frage, welche Leistungen

---

[1]) vgl. Mommsen a. a. O. S. 5ff. Diese Unterscheidung ist ziemlich allgemein anerkannt; vgl. freilich Hartmann a. a. O. S. 166ff. Die Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit ist von zahlreichen Schriftstellern als rein scholastischer Natur beanstandet worden; so Ubbelohde, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 85 S. 120f.; Fischer in Jherings Jahrb. Bd. 37 S. 229ff.; Krückmann, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 101 S. 283; Titze a. a. O. S. 70ff. u. S. 237ff., vor allem S. 246; Eck, Vorträge Bd. 1 § 55 Anm. 2; Crome a. a. O. § 145, 1b; Hartmann S. 167ff., vor allem S. 169; wohl auch Endemann a. a. O. § 124 Anm. 24c. Ganz ausdrücklich gegen Hartmann für die Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit Windscheid a. a. O. § 264 Anm. 4.

[2]) Dieser Ausdruck „Unvermögen" rührt von Brinz her; vgl. Kleineidam S. 10. Die Römer nannten dies causa difficultatis; wie sie die objektive Unmöglichkeit bezeichneten, darüber vgl. Mommsen a. a. O. S. 6; sie hatten dafür keinen einheitlichen Ausdruck.

[3]) Über die Verschiedenheit der Begriffsfassung von Unmöglichkeit und Unvermögen des Schuldners vgl. besonders Kleineidam, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 43 S. 108ff.; ferner vgl. darüber Dernburg BGB. Bd. 2 § 60; Planck Vorbem. 1 zu §§ 275—290; Oertmann Vorbem. 2b zu §§ 275—283.

überhaupt unmöglich sind und wann eine Unmöglichkeit der Leistung vorliegt. Unmöglich sind, wie Biermann[4]) richtig ausführt, Leistungen, die der Schuldner — auf dessen Person kommt es an — nicht zu erbringen vermag.[5]) Beim Verkaufe einer fremden Sache ist, um zu beurteilen, ob eine unmögliche Leistung vorliegt, vor allem zu untersuchen, ob der Verkäufer die zur Leistung notwendige Mitwirkung des Eigentümers herbeizuführen vermag oder nicht;[6]) nur im letzteren Falle liegt eine unmögliche Leistung vor.

Nach unserer Ansicht bedeutet Unmöglichkeit der Leistung oder objektive Unmöglichkeit eine Leistung, die von niemandem erbracht werden kann,[7]) Unvermögen des Schuldners zur Leistung oder subjektive Unmöglichkeit eine Leistung, die an sich möglich ist und nur von dem dazu verpflichteten Schuldner nicht erbracht

---

[4]) Im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 91 S. 75.

[5]) vgl. über den Begriff der Unmöglichkeit Kisch a. a. O. S. 11ff.; Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen S. 14ff., der dort Hartmann a. a. O. S. 161 zitiert; Titze a. a. O. S. 2ff.; Biermann a. a. O. S. 87f.; Cosack a. a. O. § 97 a I; Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 178 I, 3; Goldmann-Lilienthal a. a. O. § 85 II; Planck § 275 Anm. 1; Mot. II S. 176 sagen: „Im übrigen läßt sich der Begriff der Unmöglichkeit nicht allgemein begrenzen. Es kommt auf den Inhalt, die Modalitäten des einzelnen Vertrags an". Abweichend Endemann a. a. O. § 124 Anm. 8. Krückmann im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 101 will den Begriff der Unmöglichkeit beseitigt wissen und dafür den Begriff der von ihm sogen. „Einrede aus entgegenstehendem eigenem gewichtigen Interesse" setzen (S. 30). Ebenso will Hartmann (a. a. O. S. 271, 272) den Begriff der Unmöglichkeit beseitigt wissen und an seine Stelle den „Zweck" und das „Soll" der Obligation setzen; dagegen ausdrücklich für die Aufrechterhaltung des Begriffs der Unmöglichkeit Titze a. a. O. § 4 Anm. 19. Für die Beseitigung der Worte Unmöglichkeit und Unvermögen und Ersetzung derselben durch den Verschuldensgedanken und die allgemeinen Lehren der Kausalität ist Brecht in Jherings Jahrb. Bd. 53 S. 233, 250; doch will Brecht die Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit der Idee nach aufrechterhalten wissen (S. 294).

[6]) vgl. Kisch a. a. O. S. 12; Kleineidam a. a. O. S. 16ff.

[7]) Dabei kommt für die objektive Unmöglichkeit der Leistung in Betracht, ob sie nach den Anschauungen der Zeit, in der sie vorgenommen werden soll, für objektiv unmöglich gilt; vgl. Biermann a. a. O. S. 87f.

werden kann, wohl aber von Dritten.[8]) Auf Grund dieser Definitionen lassen sich alle vorkommenden Fälle, wie wir später sehen werden, mit Sicherheit lösen. Gegen diese Definition der objektiven Unmöglichkeit als einer solchen, die für jedermann besteht, wendet sich z. B. Biermann,[9]) weil sie, wie er sagt, „zu Irrtümern verleiten könnte". „Es kann", führt er aus, „der Fall eintreten, daß die Leistung für jedermann unmöglich ist, daß die Unmöglichkeit aber für den Schuldner aus ganz anderen Gründen besteht als für jeden Dritten. In diesem Fall ist lediglich nach dem für den Schuldner vorliegenden Unmöglichkeitsgrunde zu entscheiden, ob die Leistung objektiv oder subjektiv unmöglich ist." Als Beleg für seine Ansicht führt er folgendes Beispiel an: Der Kunsthändler A zu X verkauft an den Liebhaber B zu Y ein Gemälde von Dürer; von der Reise zurückgekehrt, hört A, daß kurz zuvor in seiner Wohnung ein Einbruch verübt und dabei das Gemälde von Dürer gestohlen worden sei; die Diebe seien entkommen. Trotz der größten Anstrengungen vermag A weder von den Dieben noch von dem Gemälde eine Spur zu finden. Hier nimmt Biermann mit Recht subjektive Unmöglichkeit an, fährt aber dann weiter fort: „Und doch besteht gerade im vorliegenden Falle die Unmöglichkeit der Leistung nicht nur für den Schuldner, sondern für jedermann. Zum Gegenstande der Leistung gehört die Verschaffung des Eigentums an dem Gemälde. Da nach § 929 BGB. nur der Eigentümer der Sache einem anderen das Eigentum an derselben übertragen kann, so würde hier nur der Schuldner imstande sein, das Ge-

---

[8]) Ebenso Dernburg, BGB. Bd. 2 § 601; Cosack § 97a II, 1; Kisch a. a. O. S. 9; Endemann a. a. O. § 124, 1a; Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 178 I, 1; Matthiaß a. a. O. § 73 V B; Titze a. a. O. S. 4; Eck, Vorträge S. 267; Goldmann-Lilienthal § 85 III, 1; Planck, Einl. zu §§ 275—290 unter Nr. 1; Schollmeyer, BGB. Vorbem. 1 zu §§ 275—283; Rehbein Anm. 97 zu §§ 241—292; Neumann § 275 Anm. II, 1; Kuhlenbeck § 275 Anm. 1. Keine eigentliche Definition dieser Begriffe gibt Kleineidam, er grenzt sie nur scharf gegeneinander ab; vgl. Kleineidam a. a. O. S. 3 ff.

[9]) a. a. O. S. 84 ff. And. M. auch Oertmann Vorbem. 3b zu §§ 275—283: „Es geht zu weit, nur die schlechthin für ‚jedermann' bestehende Unmöglichkeit als objektive Unmöglichkeit zu bezeichnen".

mälde dem B zu übereignen. Freilich hat das Bürgerliche Gesetzbuch zugunsten des gutgläubigen Erwerbers gewisse Ausnahmen von dieser Regel aufgenommen. Diese Ausnahmen gelten jedoch nicht für den Fall, daß die zu übereignende Sache dem Eigentümer gestohlen worden ist (§ 935). Letzterer Fall liegt hier vor. Auch ein Dritter, mag er auch im Besitz des Gemäldes sein, vermag daher die Leistung nicht vorzunehmen. Auch für ihn ist die Leistung, freilich nur subjektiv, unmöglich, denn die Übereignung der Sache könnte auch von ihm vorgenommen werden, wenn er nicht gerade hinsichtlich dieser Sache ein Nichteigentümer wäre, wenn er z. B. das Eigentum zunächst von A erlangen würde. Daß er aber Nichteigentümer des Gemäldes ist, liegt in seinen rein persönlichen Verhältnissen. — Dieser Fall ist insofern von Interesse, als er zeigt, daß eine Leistung sowohl für den Schuldner als auch für jeden Dritten, also für jedermann unmöglich sein kann, ohne deshalb objektiv unmöglich zu sein, daß also das einseitige Betonen des Unmöglichseins für jedermann das Wesen der objektiven Unmöglichkeit nicht trifft". Diesen Ausführungen ist nicht beizupflichten. Wenn man die objektive Unmöglichkeit der Leistung definiert als eine Leistung, die zu erbringen für jedermann unmöglich ist, so ist damit gemeint, daß die Leistung überhaupt nicht, weder rechtlich noch auch tatsächlich, von jemandem erbracht werden kann. In diesem von Biermann erwähnten Falle kann aber die Leistung tatsächlich von den Dieben sehr wohl erbracht werden; es liegt hier also keine Leistung vor, deren Vornahme für jedermann unmöglich ist. Ja, wenn der Gläubiger sich damit einverstanden erklärt, daß der Schuldner ihm die ihm gegen die Diebe zustehende rei vindicatio abtritt, was er ja nicht braucht, da der Verkäufer aus dem Verkaufe verpflichtet ist, dem Käufer die Sache zu übergeben, so kann der Schuldner dadurch seine Verpflichtung, dem Gläubiger Eigentum zu übertragen, erfüllen, und daher geht es doch nicht an, in diesem Falle von einer Leistung zu reden, die für jedermann unmöglich ist. Für jedermann, d. h. objektiv unmöglich würde die Leistung nur sein, wenn sichere Anhaltspunkte dafür vorliegen würden, daß die Diebe, was unwahrscheinlich ist, die ge-

stohlene Sache vernichtet haben; solange dies aber nicht feststeht, ist nur subjektive Unmöglichkeit anzunehmen.

Die Unmöglichkeit, sowohl die objektive als die subjektive,[10]) teilt man in der Wissenschaft jede wieder ein in eine ursprüngliche und eine nachträgliche.[11]) Es ist dies die wichtigste Untereinteilung der Unmöglichkeit. Je nachdem ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit vorliegt, sind die Wirkungen der Unmöglichkeit verschieden, namentlich hinsichtlich der ursprünglichen „Unmöglichkeit" und des ursprünglichen Unvermögens, während nachträgliche „Unmöglichkeit" und nachträgliches Unvermögen vielfach gleichbehandelt werden (vgl. § 275 BGB. und unten § 9 unter I), so daß also die Unterscheidung von „Unmöglichkeit" und Unvermögen für die Lehre von der nachträglichen Unmöglichkeit keine allzu große Bedeutung hat.

Ob ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit vorliegt, richtet sich nach dem Zeitpunkte der Entstehung des Schuldverhältnisses; bei Verträgen ist dafür maßgebend der Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags, denn es braucht mit dem Vertragsabschlusse noch kein Schuldverhältnis vorhanden zu sein.[12]) Für die Frage, ob ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit vorliegt, ist nun aber auch noch außer dem Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags zu beachten der Zeitpunkt der Fälligkeit. Es ist doch sehr wohl möglich, daß eine Leistung zur Zeit des Vertragsschlusses unmöglich ist, dagegen in der Zwischenzeit bis zum Zeitpunkte der Fälligkeit möglich geworden ist, so daß sie zur Leistungszeit — und dieser Zeitpunkt ist doch für den Schuldner der allein maßgebende — sehr wohl erbracht werden kann. Als Zeitpunkt der Beurteilung, ob ur-

---

[10]) Wenn wir im folgenden von Unmöglichkeit im allgemeinen sprechen, meinen wir die objektive und subjektive Unmöglichkeit; sprechen wir von ihr speziell im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches als von der objektiven Unmöglichkeit, so werden wir sie mit „Unmöglichkeit" bezeichnen.

[11]) Gegen die Unterscheidung von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit de lege ferenda Titze a. a. O. S. 237 ff., besonders S. 246; ebenso Krückmann a. a. O. S. 67, 70 ff., 282.

[12]) vgl. darüber genauer Kleineidam a. a. O. S. 29 f. u. 85 ff.; Kisch a. a. O. S. 25 ff.

sprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit vorliegt, gilt der Zeitpunkt des Vertragsschlusses; ob überhaupt eine Leistung möglich oder unmöglich ist, das entscheidet sich erst zur Leistungszeit; ist sie in diesem Zeitpunkte unmöglich, so schaut man rückwärts nach dem Zeitpunkte des Vertragsschlusses, und je nachdem nun der die Unmöglichkeit der Leistung bewirkende Umstand bereits im Zeitpunkte des Vertragsschlusses vorhanden war oder erst später eingetreten ist, je nachdem liegt ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit vor.[13]) Wann ist nun ein Vertrag nach § 306 BGB. — dieser Paragraph spricht von der ursprünglichen objektiven Unmöglichkeit[14]) — auf eine unmögliche Leistung gerichtet? Nach den eben gegebenen Ausführungen ist ein Vertrag auf eine unmögliche Leistung dann gerichtet, wenn im Zeitpunkte des Vertragsschlusses feststeht oder in zweifelhaften Fällen, wie Brecht sehr richtig ausführt,[15]) „nach der objektiven Sachlage", natürlich im Zeitpunkte des Vertragsschlusses, „die überwiegende Wahrscheinlichkeit" spricht, daß die Leistung zur Erfüllungszeit unmöglich ist.[16]) Nach der Ansicht Titzes dagegen[17]) kommt es bei der Unterscheidung von

---

[13]) Ebenso Brecht, Diss. S. 16ff.; vgl. auch Planck § 306 Anm. 1.

[14]) vgl. Planck § 306 Anm. 1; Staudinger § 306 Anm. 1; Oertmann § 306 Anm. 1a u. b; Schollmeyer, BGB. § 306 Anm. 1; Rehbein Anm. 4 zu §§ 305–319; Neumann § 306 Anm. 1; Titze a. a. O. S. 211; Endemann a. a. O. § 124, 1; Cosack a. a. O. § 98 Anm. 1; Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 178 II, 1a; Crome a. a. O. § 166 I, 1; Matthiaß a. a. O. § 73 V C; Dernburg, BGB. Bd. 2 § 61 I; Goldmann-Lilienthal a. a. O. § 92 I; Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse 2. Aufl. 1904 S. 16; Mot. Bd. 2 S. 176 (zu § 344). And. M. Krückmann S. 107ff. u. 182, der den § 306 einengend auslegt und ihn überhaupt beseitigt wissen will (S. 120).

[15]) Brecht, Diss. S. 18f., 20ff. und ebenso Brecht in Jherings Jahrb. Bd. 53 S. 277f.; vgl. dort Näheres.

[16]) vgl. Crome a. a. O. § 166 I, 1, Endemann a. a. O. § 124 Anm. 8, Planck § 306 Anm. 1, welche eine ursprüngliche Unmöglichkeit nur dann annehmen, wenn die Unerfüllbarkeit bereits im Zeitpunkte des Vertragsschlusses wirklich feststeht; solange sie in diesem Zeitpunkte noch nicht ausgeschlossen ist, liegt sie nicht vor.

[17]) Titze a. a. O. S. 52ff.; ferner vgl. Neumann § 306 Anm. 1; Schollmeyer, BGB. § 306 Anm. 1; Fischer-Henle § 306 Anm. 1.

anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung nur auf den Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses an ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Fälligkeit. Diese Ansicht ist, wie eben ausgeführt, nicht richtig. Titze leitet seine Ansicht aus dem Gesetze her und legt § 306 folgendermaßen aus: „Nach dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches .... ist also ein Vertrag auf eine ‚unmögliche Leistung' schon dann ‚gerichtet', wenn er in dem Moment, in dem er abgeschlossen wird, nicht erfüllt werden kann, einerlei ob er in diesem Zeitpunkte zu erfüllen ist oder nicht". Unrichtig ist auch die Ansicht Krückmanns (a. a. O. S. 107), „daß nach § 306 ein Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, wenn diese Leistung bei und nach ihrer Fälligkeit unmöglich ist und diese Unmöglichkeit in Umständen ihren Grund hat, die schon zur Zeit des Vertragsschlusses bestanden". Danach müßten also die Kontrahenten stets erst den Zeitpunkt der Fälligkeit abwarten, und wenn in diesem Zeitpunkte die Leistung unmöglich ist zufolge von Umständen, die schon zur Zeit des Vertragsschlusses bestanden, dann erst liegt ursprüngliche objektive Unmöglichkeit vor. Gegen diese Meinung Krückmanns wendet sich mit Recht Staudinger (§ 306 Anm. 1), der dort richtig ausführt, daß bei dieser Auslegung des § 306 der § 308 BGB., der doch wohl als Ausnahme von § 306 gedacht ist, überflüssig sein würde, und in der Tat vertritt Krückmann (a. a. O. S. 111 u. 116) die Ansicht, daß sowohl Abs. 1 wie Abs. 2 des § 308 gegenstandslos und überflüssig seien.

Ferner ist noch von Wichtigkeit für die Beurteilung, ob ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit vorliegt, die Frage, wann die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen Umstandes unmöglich geworden ist, welche nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen Ereignisse die Leistung unmöglich machen. Zu antworten ist hierauf, daß nur solche Ereignisse in Betracht kommen, die der Schuldner zu vertreten hat. Wird z. B.[18]) ein

[18]) Dieses Beispiel ist von Brecht, Diss. S. 22 entnommen; es findet sich mit derselben Entscheidung und Begründung bei Brecht in Jherings Jahrb. Bd. 53 S. 278f. wieder.

todkrankes Pferd, lieferbar in vier Wochen, verkauft, und es stirbt nach dem Abschlusse des Vertrages, so liegt ursprüngliche Unmöglichkeit vor, da hier nach der Entstehung des Schuldverhältnisses kein vertragliches Verschulden des Schuldners in Betracht kommt, sondern die letzte ausschlaggebende Bedingung schon vor Entstehung des Schuldverhältnisses liegt. „Die Richtung des Vertrags ging", wie Brecht sagt,[19]) „von vornherein auf eine unmögliche Leistung." In diesem Falle kann je nach der konkreten Sachlage eine Haftung des Schuldners nach § 307 BGB. eintreten.[20])

Die ursprüngliche Unmöglichkeit ist also eine solche, die im Zeitpunkte der Entstehung des Schuldverhältnisses bezw. bei Verträgen im Zeitpunkte des Abschlusses des Vertrags bereits vorhanden war, die nachträgliche Unmöglichkeit eine solche, die erst nach diesem Zeitpunkte eingetreten ist.[21]) Dabei ist zu berücksichtigen der Zeitpunkt der Fälligkeit.[22])

Es erhebt sich nun die Frage, als was für eine Unmöglichkeit sich der Verkauf einer fremden Sache charakterisieren kann,

---

[19]) Diss. S. 23.

[20]) vgl. unten § 10.

[21]) Ebenso das BGB. selbst in § 275; ferner Titze a. a. O. § 3 S. 52; Dernburg, BGB. Bd. 2 § 60 IV; Biermann a. a. O. S. 91; Brecht, Diss. S. 16; Endemann a. a. O. § 124 Anm. 9; Cosack a. a. O. § 97 a III; Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 178 I, 2; Matthiaß a. a. O. § 73 V A; Planck Vorm. 3 zu §§ 275—290; Schollmeyer, BGB. Vorbem. 3 zu §§ 275—283; Neumann § 275 Anm. I.

[22]) Die Frage, bis zu welchem Zeitpunkte, also auch über den Zeitpunkt der Fälligkeit hinaus, der Gläubiger bei Unmöglichkeit der Leistung seitens des Schuldners an den Vertrag gebunden, also verpflichtet ist, die Leistung, die ja, falls sie unmöglich ist, ganz oder teilweise möglich werden oder nur teilweise unmöglich sein kann, noch anzunehmen, und andererseits der Schuldner berechtigt ist, zu leisten, ist nach dem Vertragsinhalte und unter Berücksichtigung der §§ 283, 326 BGB. zu beurteilen. Über die Berechtigung des Gläubigers, noch vor diesem Zeitpunkte ein Deckungsgeschäft abzuschließen, vgl. Brecht in Jherings Jahrb. Bd. 53 S. 253 ff., besonders S. 257 Anm. 2 und S. 296 unter Nr. 3, über die Pflicht des Schuldners, dem Gläubiger rechtzeitig davon Anzeige zu machen, daß er seinen Pflichten aus dem Vertrage nicht nachkommen könne, vgl. Brecht a. a. O. S. 244 f. unter Nr. 4 und Krückmann a. a. O. S. 181 ff., 203 f., 284 f. Für Näheres ist hier nicht der Raum.

ob sowohl als subjektive als auch als objektive und sowohl als ursprüngliche wie als nachträgliche. In dieser Beziehung ist zu sagen, daß die ursprüngliche „Unmöglichkeit" hier im allgemeinen nicht in Betracht kommt.[23]) Denn gemäß § 306 BGB. ist ein auf eine Unmöglichkeit — und § 306 spricht ja von der ursprünglichen „Unmöglichkeit" — gerichteter Vertrag nichtig, während der Verkauf einer fremden Sache nach Bürgerlichem Gesetzbuch ein gültiges Rechtsgeschäft ist. Außerdem ergibt sich aber schon der Wegfall der ursprünglichen „Unmöglichkeit" für unsere Abhandlung aus dem Begriffe „fremd", denn eine fremde Sache ist eine solche, die in jemandes anderen Eigentume als des Verkäufers steht bezw. über die ein anderer als der Verkäufer verfügungsberechtigt ist,[24]) die sonst aber vorhanden und dem Verkehr zugänglich, deren Leistung also durch einen Dritten möglich ist. Dagegen ist der Verkauf einer fremden Sache der Hauptfall für das Unvermögen, und als ein solches wird er sich auch meist, wenn auch nicht immer, darstellen, denn nach der eben gegebenen Definition von „fremd" ist eben der Verkauf einer fremden Sache eine solche Leistung, die an und für sich wenigstens von einem Dritten erbracht werden kann.[25])

Eine weitere Frage ist die, ob sich der Verkauf einer fremden Sache stets darstellt als ein ursprüngliches Unvermögen des Schuldners zur Leistung oder auch als nachträgliches Unvermögen, ja ob nicht sogar als nachträgliche „Unmöglichkeit". Auf den Gedanken, daß der Verkauf einer fremden Sache stets ist ein ursprüngliches Unvermögen des Schuldners, kann man

---

[23]) vgl. aber unten § 10.

[24]) vgl. oben S. 1 u. 3.

[25]) vgl. ebenso Kisch a. a. O. S. 10 Anm. 3; Kleineidam a. a. O. S. 155, der dort richtig sagt: „Die Mängel im Rechte stellen aber, soweit sie überhaupt als ein Nichterfüllenkönnen in Betracht kommen und also die Bestimmungen über das nachfolgende Nichterfüllenkönnen eine Anwendung zulassen, nur ein Unvermögen des Schuldners zur Leistung dar. Denn das mangelnde Recht steht wohl stets einem anderen zu und könnte also von diesem anderen geleistet werden". Ferner Emerich a. a. O, S. 29; Kohler a. a. O. S. 239; Cosack a. a. O. § 97 a II Beispiele I, 2; Crome a. a. O. § 166 I, 2; Rehbein Anm. 98 zu §§ 241—292.

dadurch kommen, daß man sagt, unter dem Verkaufe einer fremden Sache sei eine Sache zu verstehen, die im Zeitpunkte des Abschlusses des Vertrags eine für den Verkäufer fremde sei, und daß daher unter der Voraussetzung, daß der Verkäufer die Eigenschaft der verkauften Sache als einer fremden bis zum Zeitpunkte der Erfüllung des Kaufvertrags nicht beheben kann, beim Verkaufe einer fremden Sache ursprüngliches Unvermögen vorliege. Aber wie wir sehen werden, kann sich der Verkauf einer fremden Sache, die selbst schon im Zeitpunkte des Abschlusses des Vertrags eine für den Verkäufer fremde ist, nach der konkreten Sachlage auch darstellen als ein nachträgliches Unvermögen des Schuldners zur Leistung.[26]) Dagegen kann man nicht als Verkauf einer fremden Sache bezeichnen den Fall, wo die verkaufte Sache zwar zur Zeit des Kaufvertragsabschlusses dem Verkäufer gehört, dagegen aber im Zeitpunkte der Erfüllung des Kaufvertrags nicht mehr sein Eigentum ist, für ihn also eine fremde Sache geworden ist. Dieser Fall, der sich charakterisieren dürfte als ein nachträgliches Unvermögen des Verkäufers, gehört nicht in den Rahmen unserer Abhandlung; es ist dies nicht der Verkauf einer fremden, sondern der eigenen Sache des Verkäufers, wo die Leistung dann später dem Verkäufer unmöglich geworden ist.

Schließlich ist noch zu bemerken, daß sich, allerdings nur in ganz wenigen eigenartigen Fällen, der Verkauf einer fremden Sache auch darstellen kann als nachträgliche „Unmöglichkeit".[27])

Außer der objektiven und subjektiven, der ursprünglichen und der nachträglichen Unmöglichkeit unterscheidet man u. a. an Arten der Unmöglichkeit, die für uns hier noch in Betracht kommen könnten, absolute und relative, zeitweilige und dauernde, zufällige und zu vertretende, totale und teilweise Unmöglichkeit.[28]) Die ersten beiden Unterscheidungen haben für unsere Abhandlung keine Bedeutung. Denn der Verkauf einer fremden Sache ist immer eine relative Unmöglichkeit, da die Leistung

---

[26]) vgl. unten § 9.

[27]) vgl. unten § 11.

[28]) vgl. Definitionen und Literatur über diese Begriffe oben § 4 S. 18.

hier ihrer Art nach stets möglich ist, und die Unterscheidung von dauernder und zeitweiliger Unmöglichkeit führt auf die Fragen, die in Anm. 22 dieses Paragraphen berührt worden sind und deren Behandlung in unserer Schrift nicht erfolgen soll. Dagegen kann der Verkauf einer fremden Sache, wie wir oben gesehen haben,[29]) sofern er sich als nachträgliche Unmöglichkeit charakterisiert, sich je nach den besonderen Umständen des einzelnen Falls darstellen als zufällige oder zu vertretende Unmöglichkeit, und schließlich wird der Verkauf einer fremden Sache im allgemeinen immer eine totale Unmöglichkeit vorstellen,[30]) selbst in dem Falle, wo ein Miteigentümer zur gesamten Hand die ganze Sache verkauft, denn er kann hier nicht einmal einen Teil der Sache leisten (vgl. §§ 719, 1422 Abs. 1, 2033 Abs. 2 BGB.). Kann der Verkäufer nicht Alleineigentum, sondern nur eine Quote Eigentum, kann er nur Besitz und nicht Eigentum oder nur Eigentum und nicht den Besitz verschaffen, so liegt immer eine totale Unmöglichkeit, nie eine teilweise vor.[31]) Denn die Nichtverschaffung des Eigentums bedeutet Nichterfüllung einer der Hauptpflichten des Verkäufers und daher Nichterfüllung im Sinne des Gesetzes als Nichterfüllung des ganzen Kaufs. Anders verhält es sich allerdings dann, wenn Miteigentum nach Bruchteilen besteht, denn hier würde, falls der Miteigentümer die ganze Sache verkauft, nur eine teilweise Unmöglichkeit vorliegen, da der Verkäufer hier wenigstens eine Quote Eigentum an der verkauften Sache verschafft; eine solche würde auch noch vorliegen in dem Falle, wo z. B. verkauft worden wären 20 bestimmte Flaschen seltenen guten Weines, die einem bestimmten anderen zu Eigentum gehören, und wo der Verkäufer dann bis zum Zeitpunkte der Erfüllung den Eigentümer zur Einwilligung in den Verkauf eines Teils, aber nur eines Teils, z. B. von 10 Flaschen, veranlassen würde. Der Fall, wo ein Miteigentümer zur gesamten Hand die ganze Sache verkauft, und die Fälle, wo teilweise Unmöglichkeit vorliegt,

---

[29]) vgl. oben S. 21.

[30]) vgl. Titze a. a. O. S. 264 unter II.

[31]) vgl. richtig Titze a. a. O. S. 44ff. und Brecht, Diss. S. 10.

sollen in unserer Abhandlung nicht näher besprochen werden, da der erstere Fall keine vom gewöhnlichen Verkauf einer fremden Sache abweichende Behandlung ergibt und die Fälle der teilweisen Unmöglichkeit, wie wir eben festgestellt haben, ziemlich selten sind und keine von den Fällen der totalen Unmöglichkeit grundsätzlich verschiedenen Ergebnisse liefern, auch die Behandlung der teilweisen Unmöglichkeit keine Schwierigkeiten macht, sobald die Behandlung der totalen Unmöglichkeit klargestellt ist (vgl. über die teilweise Unmöglichkeit §§ 280 Abs. 2, 283 Abs. 2, 323, 325 BGB.; ferner z. B. Titze a. a. O. S. 31ff. u. 148ff.; Kisch a. a. O. S. 161ff.; Mommsen a. a. O. S. 153ff.); aus diesen Gründen soll die teilweise Unmöglichkeit im folgenden nicht näher erörtert werden.

Sowohl die Unterscheidung zwischen „Unmöglichkeit“ und Unvermögen des Schuldners als auch diejenige der ursprünglichen und nachträglichen Unmöglichkeit ist im konkreten Falle oft sehr schwierig. Um zu erkennen, ob „Unmöglichkeit“ oder Unvermögen vorliegt und ob diese wieder ursprünglich oder nachträglich sind, bedarf es der genauesten Untersuchung der tatsächlichen Verhältnisse im einzelnen Falle. Aus diesem Grunde und infolge der verschiedenen Auffassungen dieser Begriffe in der Literatur kommt es teilweise zu einer ganz verschiedenen Entscheidung der als Beispiel gewählten praktischen Fälle. Im folgenden soll nun an der Hand solcher Beispiele dargelegt werden, was für eine Unmöglichkeit beim Verkaufe einer fremden Sache nach unserer Ansicht im konkreten Falle vorliegt und als was für eine Unmöglichkeit sich der Verkauf einer fremden Sache darstellen kann, und es soll im Anschluß daran die Art und Weise der Haftung des Verkäufers der fremden Sache erörtert werden. Dabei nehmen wir natürlich an, daß die oben im § 5 angeführten, für die Haftung des Verkäufers erforderlichen Voraussetzungen in jedem Falle vorliegen.

§ 8.

Ursprüngliches Unvermögen.

I. „A hat sich dem B gegenüber zur Lieferung einer Maschine verpflichtet, die er jedoch nicht zu liefern vermag, weil sie zugunsten des C patentiert ist."

Dieses von Dernburg[1]) angeführte Beispiel ist ein Fall des Verkaufs einer fremden Sache durch A, die A schon im Zeitpunkte des Abschlusses des Vertrags nicht zu leisten vermag, die jedoch C liefern kann, d. h. es liegt ursprüngliches Unvermögen des A zur Leistung vor. Es ist dies einer der seltenen Fälle, wo ein vorliegendes Unvermögen bereits zur Zeit des Vertragsschlusses erkennbar ist.

Über die Gültigkeit des auf eine ursprüngliche subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrags sind in der Literatur Zweifel vorhanden. Während unser BGB. in den §§ 306, 307 von der ursprünglichen „Unmöglichkeit", in den §§ 275 Abs. 1, 323—325 von der nachträglichen „Unmöglichkeit", im § 275 Abs. 2 vom nachträglichen Unvermögen spricht, sagt es über das ursprüngliche Unvermögen nichts. Aus denselben Gründen aber, aus denen wir oben[2]) den Verkauf einer fremden Sache für ein nach Bürgerlichem Gesetzbuche gültiges Rechtsgeschäft erklärt haben, nämlich aus dem Fehlen einer besonderen Vorschrift, die den auf eine ursprüngliche subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrag für nichtig erklärt, und aus den allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches darüber, welche Rechtsgeschäfte nichtig sind, ist auch ganz allgemein der auf eine ursprüngliche subjektiv unmögliche Leistung gerichtete Vertrag für vollwirksam zu erklären. Ebenso folgert Planck[3]) aus dem Mangel einer besonderen Vorschrift die Gültigkeit dieses Vertrags; auch Cosack[4]) und Biermann[5]) erklären ihn für

---

[1]) BGB. Bd. 2 § 61 II.
[2]) vgl. oben S. 5.
[3]) Vorbem. 3a zu §§ 275—290.
[4]) a. a. O. § 100 I.
[5]) a. a. O. S. 92ff.

vollgültig;[6]) letzterer begründet die Gültigkeit dieses Vertrags mit Hilfe der Analogie aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch selbst aus der Gültigkeit eines eine ursprüngliche subjektiv unmögliche Leistung enthaltenden Schuldverhältnisses, das auf einer letztwilligen Verfügung beruht, eine Gültigkeit, welche nach Biermann aus den §§ 2169, 2170 BGB. hervorgeht.[7]) Auch die Motive zum § 344 des 1. Entw. (S. 177) bezeichnen es als Grundsatz, daß „das bloß subjektive Unvermögen des Schuldners die Gültigkeit des Vertrags unberührt läßt". Es ist ja auch, wie Brecht[8]) für die Gültigkeit des auf eine ursprüngliche subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrags richtig ausführt, bei bloßem Unvermögen des Schuldners die Erfüllung niemals ausgeschlossen, denn der Dritte kann zustimmen, er kann sogar für den Schuldner leisten.

Gegen die Gültigkeit dieses Vertrags hat sich vor allem Dernburg[9]) ausgesprochen. Er begründet seine Ansicht damit, daß im Falle der Gültigkeit dieses Vertrags der Schuldner erst auf Erfüllung klagen und darauf nach Erlangung eines rechtskräftigen Urteils nach § 283 BGB. verfahren müßte; dieses Verfahren, das, wie er behauptet, nach der Meinung Plancks einzuschlagen sei, sei aber höchst unsinnig, und daher sei der auf eine ursprüngliche subjektiv unmögliche Leistung gerichtete Vertrag für ungültig zu erklären.[10]) Dem eben Ausgeführten ist

[6]) Ebenso Kleineidam a. a. O. S. 46f.; Brecht, Diss. S. 18f.; Titze a. a. O. S. 247; Endemann a. a. O. § 124, 1d; Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 178 II, 1a; Matthiaß a. a. O. § 73 V D; Goldmann-Lilienthal § 92 III; Staudinger Vorbem. 6b zu §§ 275—282; Oertmann § 306 Anm. 1b; Neumann § 306 Anm. 2; Schollmeyer, BGB. Vorbem. 3a zu §§ 275—283. Auch im röm. Rechte war ganz allgemein dieser Vertrag gültig: si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit (D. 45, 1 l. 137 § 5).

[7]) a. a. O. S. 95f.

[8]) Diss. S. 18f.

[9]) BGB. Bd. 2 § 61 II; ebenso offenbar unrichtig Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 107.

[10]) Dagegen wird, wie schon früher dargelegt, der Verkauf einer fremden Sache sowohl von Dernburg als auch ganz allgemein in der Literatur als ein gültiges Rechtsgeschäft angesehen, obwohl dieser sich doch auch als ursprüngliches Unvermögen charakterisieren kann; vgl. oben S. 7 Anm. 14.

jedoch entgegenzuhalten, daß diese von Dernburg für die Ansicht Plancks gehaltene Folgerung gar nicht die Meinung Plancks ist; dieser legt vielmehr ganz richtig dar, daß der Gläubiger entweder sofort das Erfüllungsinteresse einklagen kann, wobei er dann natürlich das Unvermögen des Schuldners beweisen muß, oder daß er statt dessen den Schuldner auf Erfüllung verklagen und dann nach § 283 BGB. vorgehen kann; zwischen diesen beiden Möglichkeiten hat der Gläubiger die Wahl.[11]) Welchen von beiden Wegen der Gläubiger einschlägt, dafür wird maßgebend sein, ob er das Unvermögen des Schuldners leicht, und ob er es überhaupt beweisen kann; denn wenn der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, muß er beweisen, daß die Leistung unmöglich geworden ist, während er diesen Beweis dadurch umgehen kann, daß er erst auf Erfüllung klagt und dann den Weg des § 283 BGB. einschlägt; ferner kann, wie Biermann[12]) mit Recht ausführt, die Klage auf Erfüllung für den Gläubiger von höherem Werte sein für den Fall, daß er, weil er an der Leistung selbst ein größeres Interesse hat, als er etwa im Prozeß auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung dartun könnte, durch die Klage sehen will, ob der Schuldner wirklich zur Leistung unvermögend ist.

Dieses ursprüngliche Unvermögen hat der Schuldner, speziell hier der Verkäufer einer fremden Sache, nun immer zu vertreten.[13])

---

[11]) vgl. Plank § 306 Anm. 3; ebenso Kleineidam a. a. O. S. 48; Kisch a. a. O. S. 122 ff., vor allem S. 127 unter Nr. 4; Biermann a. a. O. S. 93 ff.; Endemann a. a. O. § 124 Anm. 21; Cosack § 99 II, 1a; Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 178 Anm. 5; Goldmann-Lilienthal § 85 IV, 2a u. b; Titze a. a. O. S. 146 f.; Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse 2. Aufl. 1904 S. 21 f.: Staudinger § 280 Anm. 2a; wohl auch Neumann § 275 Anm. IV, 2. So auch Mommsen a. a. O. S. 230 für das gemeine Recht: „Der Gläubiger braucht, wenn eine Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist, nicht auf das Interesse zu klagen; er ist vielmehr berechtigt, nach wie vor auf den ursprünglichen Gegenstand der Obligation seine Klage zu richten". And. M. Oertmann § 275 Anm. 4b, der dem Gläubiger ausschließlich einen Ersatzanspruch auf das Geldinteresse gewährt.

[12]) a. a. O. S. 94.

[13]) vgl. oben S. 21.

Es erhebt sich hier aber die Frage, wie diese Haftung des Verkäufers sich gestaltet. Wie überhaupt über den auf eine ursprüngliche subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrag, so sagt das Bürgerliche Gesetzbuch auch über die Haftung des Schuldners für sein von ihm zu vertretendes ursprüngliches Unvermögen nichts. Ist etwa § 280 BGB. analog anzuwenden, d. h. ist der Gläubiger beschränkt auf die Geltendmachung des ihm durch die Nichterfüllung entstehenden Schadens? Wir meinen, daß die §§ 323 ff., speziell in unserem Falle der § 325 BGB., auf das ursprüngliche Unvermögen aus gegenseitigen Verträgen analog anzuwenden sind, obwohl dieselben von den Folgen der nachträglichen „Unmöglichkeit" handeln. Denn die §§ 320 ff BGB. bestimmen die Haftung aus gegenseitigen Verträgen, und ein solcher liegt ja in unserem Falle vor, während § 280 BGB. eine Regelung für Schuldverhältnisse im allgemeinen trifft. Außerdem wird unsere Ansicht durch § 440 Abs. 1 BGB. gestützt, wonach sich die Rechte des Käufers nach den §§ 320—327 BGB. bestimmen, falls der Verkäufer seine Hauptverpflichtung, dem Käufer das Eigentum an der verkauften Sache zu verschaffen — diese Verpflichtung kommt ja für uns hier allein in Betracht —, nicht erfüllt; der Verkauf einer fremden Sache stellt sich aber meist dar als Unvermögen, nicht als „Unmöglichkeit", von welch letzterer ja die §§ 323 ff. BGB. allein sprechen. Auch ist nicht einzusehen, warum der Käufer (und überhaupt der Gläubiger bei gegenseitigen Verträgen) schlechter gestellt sein soll, wenn auf seiten des Verkäufers (Schuldners) ursprüngliches Unvermögen zur Leistung vorliegt, als wenn nachträgliche „Unmöglichkeit" bezw. nachträgliches Unvermögen — wie wir weiter unten sehen werden,[14]) sind die §§ 323 ff. auch auf diesen Fall des nachträglichen Unvermögens analog anzuwenden — bei ihm vorhanden ist. Es sind also ganz allgemein die §§ 323 ff. BGB. analog anzuwenden, wenn bei gegenseitigen Verträgen ursprüngliches Unvermögen des Schuldners zur Leistung vorliegt.[15])

---

[14]) vgl. unten § 9.

[15]) Ebenso Cosack a. a. O. § 100 II, 1 u. 2 und § 101 II und wohl auch Titze a. a. O. S. 254, der dort sagt, „daß in Ansehung der subjektiven Unmöglichkeit der Leistung ein prinzipieller Unterschied zwischen

Dagegen sagt Staudinger in Anm. 5 zu § 325, daß die Bestimmungen des § 325 „zufolge des § 325 Abs. 2 auch im Falle einer schon bei Entstehung des Schuldverhältnisses vorhandenen subjektiven Unmöglichkeit gelten". Damit scheint er dieselbe Ansicht zu vertreten wie Planck in Anm. 6 zu § 325, der sagt, daß gemäß § 325 Abs. 2 der Gläubiger im Falle eines vom Schuldner zu vertretenden ursprünglichen Unvermögens die in § 325 Abs. 1 bestimmten Rechte geltend machen kann, wenn er und nur wenn er gemäß § 283 vorgegangen ist, d. h. wenn er erst auf Erfüllung geklagt, nach Erlangung eines rechtskräftigen Urteils dem Schuldner eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung gesetzt hat mit der Erklärung, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne, und die Frist abgelaufen ist, ohne daß der Schuldner geleistet hat. Wenn der Gläubiger also diesen umständlichen Weg geht, obgleich er mit Sicherheit voraussehen kann, daß der Schuldner, da bei ihm Unvermögen vorliegt, dasselbe kaum wird beheben, also nicht wird leisten können, soll er die Rechte des § 325 geltend machen können. Der Gläubiger soll also nach der Ansicht Plancks hier den Weg einschlagen, der nach der Meinung Dernburgs, wie eben erwähnt, eingeschlagen werden muß, wenn der auf ein ursprüngliches Unvermögen gerichtete Vertrag gültig sein soll, eine Ansicht, die Planck (u. a.), wie ebenfalls eben erwähnt, abgelehnt hat, indem er dort behauptet, daß der Gläubiger entweder sofort das Interesse einklagen oder nach § 283 vorgehen kann. Wenn daher Planck ganz allgemein bei einem auf eine ursprüngliche subjektiv unmögliche Leistung gerichteten Vertrag dem Gläubiger dieses Wahlrecht gibt, so muß der Gläubiger dieses Wahlrecht auch bei einem auf eine ursprüngliche subjektiv unmögliche Leistung gerichteten gegenseitigen Vertrage haben, d. h. der Gläubiger kann sofort die Rechte des § 325 geltend machen oder auch erst nach § 283 vorgehen. Der Abs. 2 des § 325 ist deshalb nicht etwa über-

---

ursprünglicher und nachträglicher Unmöglichkeit de lege lata nicht besteht". Schwankend Oertmann § 306 Anm. 1b a. E. Dagegen Planck § 325 Anm. 6 und Staudinger § 323 Anm. 2.

flüssig; er will sagen, daß der Gläubiger, der nach § 283 vorgegangen ist, alle drei in Abs. 1 des § 325 erwähnten Rechte wahlweise geltend machen kann, während er ja nach § 283 auf das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, beschränkt ist.

Es kann also in unserem Falle der Käufer die Rechte des § 325 BGB. gegen den Verkäufer wegen der Nichtverschaffung des Eigentums geltend machen, d. h. er kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten, wobei die Vorschriften der §§ 346—356 BGB. über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht in Anwendung kommen, oder die Rechte des § 323 BGB. geltend machen. Welchen von diesen drei Wegen er beschreitet, darüber steht ihm die Wahl zu.[16]) Doch sind diese Rechte nicht von gleichem Werte für den Käufer. So ist, wenn der Käufer den Kaufpreis schon ganz oder teilweise entrichtet hat, die Ausübung des Rückrittrechtes für ihn vorteilhafter, als wenn er nach § 323 vorgeht; denn im ersten Fall tritt die Haftung des § 347 BGB. ein, d. h. es trifft den Verkäufer schon vom Zeitpunkte des Empfangs der Leistung an eine Haftung, d. h. der Kaufpreis ist gemäß § 347 letzter Satz von der Zeit des Empfangs an zu verzinsen, während der Käufer, wenn er den Weg des § 323 beschreitet, nur die ungerechtfertigte Bereicherung, d. h. nur den Kaufpreis ohne Zinsen zurückfordern kann.

Hinsichtlich des im § 325 BGB. erwähnten Rechtes auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung besteht Unsicherheit in der Rechtsprechung und Literatur darüber, was man darunter zu verstehen habe. Es handelt sich dabei darum, ob der Schadensersatzberechtigte seinerseits seine Leistung erbringen muß, oder ob er sie einbehalten kann. Über diese Frage, die wir im folgenden nur kurz wiedergeben wollen, herrschen vier verschiedene Ansichten:

1. Die eine Meinung geht dahin, daß der Schadensersatzberechtigte seinerseits erfüllen müsse und nur den Schaden vergütet bekomme, den er dadurch erleidet, daß ihm der andere

---

[16]) vgl. Kleineidam a. a. O. S. 144; Kisch a. a. O. § 13 S. 121 u. a.

nicht leistet. Nach dieser Ansicht besteht das alte Schuldverhältnis fort, insbesondere auf die Gegenleistung.[17])

2. Die Theorie des Reichsgerichts[18]) lautet: Der Schadensersatzberechtigte brauche seinerseits nicht zu erfüllen, er könne vielmehr seine Leistung immer einbehalten, und der Schadensersatzanspruch gehe auf Vergütung des Schadens, der den Berechtigten dadurch trifft, daß der Vertrag unerfüllt bleibt. Es sei der Schadensersatzanspruch ein Differenzanspruch insofern, als vom Schadensersatzbetrage abzuziehen sei der Wert der vom Schadensersatzberechtigten zu bewirkenden Gegenleistung.

3. Die dritte Meinung spricht sich dahin aus, daß der Schadensersatzberechtigte ein Wahlrecht habe; entweder könne er seine Leistung bewirken und Schadensersatz dafür, daß ihm die Gegenleistung nicht prästiert werde, d. h. das Erfüllungsinteresse verlangen, oder er behalte seine Leistung zurück und verlange die Differenz zwischen dem Werte seiner eigenen Leistung und dem Werte, den die Gegenleistung für ihn hat, ersetzt.[19])

4. Die Ansicht des Deutschen Juristentags[20]) endlich entscheidet je nach der Lage des einzelnen Falls; er hat folgende Entscheidung getroffen: Wenn die dem Schadensersatzberechtigten obliegende Leistung eine Geldleistung ist, dann kann der Schadensersatzberechtigte grundsätzlich seine Leistung einbehalten und vom Schadensersatzbetrage in Abzug bringen, und zwar ist er

---

[17]) So Kleineidam a. a. O. S. 145; Kisch a. a. O. S. 132; Kisch in Jherings Jahrb. Bd. 44 S. 68ff., vor allem S. 96; Titze a. a. O. S. 183; Crome a. a. O. § 170 I, 3a; Endemann a. a. O. § 125, 3c; Planck § 325 Anm. 1a; Oertmann § 325 Anm. 1b δ; Schollmeyer, BGB. § 325 Anm. 2. Gegen diese Ansicht wohl zutreffend das Beispiel Cosacks a. a. O. § 99 II, 2c Beispiele S. 351.

[18]) vgl. Eutsch. d. RG. in Zivils. Bd. 50 S. 262ff., Bd. 52 S. 352ff., Bd. 53 S. 11ff., Bd. 57 S. 106f. So auch Goldmann-Lilienthal a. a. O. § 97 II, 2, besonders Anm. 13.

[19]) So Cosack a. a. O. § 99 II, 2aβ; Rehbein a. a. O. Anm. 23 zu §§ 320—327; Kipp, Verhandl. des 27. Deutschen Juristentags Bd. 1 S. 249ff., vor allem S. 251f.; dagegen Oertmann § 325 Anm. 1cα.

[20]) vgl. Strohal, Verhandl. des Deutschen Juristentags Bd. 4 S. 112ff.; dafür auch Staudinger Vorbem. IV, 2bC zu §§ 323—327.

zu einer solchen Einbehaltung selbst dann befugt, wenn die Voraussetzungen zu einer Aufrechnung nicht gegeben sind. Ist die dem Schadensersatzberechtigten obliegende Leistung dagegen keine Geldleistung, dann ist er zur Einbehaltung seiner Leistung berechtigt, wenn ihm die Bewirkung derselben nach Maßgabe der Sachlage billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann.

Diese letztere Ansicht ist die allein richtige, und sie allein führt zu einer befriedigenden Lösung aller vorkommenden Fälle. Gegen die Auffassung des Reichsgerichts spricht vor allem, daß es Fälle von gegenseitigen Verträgen gibt, wo der Berechtigte gar nicht das geringste Interesse daran hat, die von ihm zu bewirkende Leistung einzubehalten, sondern im Gegenteil das größte Interesse daran, sie los zu werden; das Gesetz sagt ja auch nichts darüber, daß der Schadensersatzberechtigte nicht in der Lage sein soll, nicht zu leisten.

Wenn also in unserem Falle der B die Maschine von A um 1000 Mk. gekauft hat und sie um 1200 Mk. hätte weiterverkaufen können, so wäre er, falls er Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend macht, nach der Ansicht des Juristentags berechtigt, 200 Mk. von A einzuklagen als den Schaden, der hier im entgangenen Gewinne besteht, und seine Leistung einzubehalten.

II. Ein von C an A verkaufter und übergebener, dem C wieder zugelaufener Hund wird von C an B weiterverkauft und übergeben.[21])

In diesem Falle liegt dem B gegenüber der Verkauf einer fremden, nämlich dem A gehörigen Sache durch C vor. Da hier ein Fall des § 935 Abs. 1 BGB. vorliegt, wonach der Erwerb des Eigentums auf Grund der Vorschriften über den guten Glauben nicht eintritt, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonstwie abhanden gekommen ist — und der entlaufene Hund gehört unter die letztere Kategorie —, so kann C dem B das Eigentum an dem verkauften Hunde nicht übertragen, dazu ist nur der A in der Lage, d. h. es liegt ein Unvermögen des C zur Leistung vor, und zwar ein ursprüngliches,

---

[21]) vgl. Cosack a. a. O. § 125 VI, wo dieses Beispiel ähnlich angeführt ist.

denn C war schon zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrags zur Eigentumsverschaffung außerstande.

Die Ansprüche des B gegen C wegen des nicht verschafften Eigentums sind dieselben wie unter I dargelegt; B kann die Rechte des § 325 BGB. geltend machen. Doch hat die Geltendmachung des Rechtes auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, da es sich hier um eine bewegliche Sache handelt, gemäß § 440 Abs. 2—4 noch besondere Voraussetzungen.[22]) Danach muß B, bevor er von C Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, entweder dem A den Hund herausgegeben oder ihn dem C zurückgewährt oder zur Verfügung gestellt haben, oder es muß A den B oder B den A beerbt oder B muß den A abgefunden oder das Eigentum an dem Hunde anderweit, z. B. vom A selbst erworben haben, oder es muß der Hund bei B untergegangen sein, oder endlich, wenn der Hund dem B inzwischen z. B. gestohlen worden ist, so muß B dem C den Anspruch auf Herausgabe gegen den Dieb abgetreten haben.[23]) Zu sagen ist jedoch, daß bei so gestalteter Sachlage B kaum Schadensersatz wegen Nichterfüllung wird geltend machen können, da ihn hier kein positiver Schaden betroffen haben wird; er wird sich also in solchen Fällen darauf beschränken müssen, durch Ausübung des Rücktrittsrechts oder der Rechte des § 323 BGB. Rückgabe des von ihm an C gezahlten Kaufpreises zu verlangen; daß dabei das Rücktrittsrecht die bessere Waffe ist, ist bereits oben[24]) dargelegt worden. Liegt dagegen der Fall folgendermaßen: B verkauft den Hund weiter an D; nach diesem Weiterverkaufe erfährt er, daß er nicht Eigentümer des Hundes war, daher dem D auch nicht das Eigentum hat verschaffen können, und sieht sich deshalb genötigt, D auf den Fehler aufmerksam zu machen, worauf dieser vom Vertrage zurücktritt; der Hund geht dann bei B durch Zufall unter; hier kann B, da die Voraussetzungen

---

[22]) vgl. oben S. 24f. unter Nr. 3.

[23]) Daß schon die Abtretung der Besitzklage im Sinne des § 440 Abs. 4 BGB. genügt, dafür vgl. Cosack a. a. O. § 125 III, 2a; Oertmann § 440 Anm. 3e; Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse 2. Aufl. 1904 S. 23; Goldmann-Lilienthal a. a. O. § 133, 4cγ.

[24]) vgl. oben S. 47.

des § 440 Abs. 2 BGB. vorliegen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung von C verlangen, der bestehen würde in dem entgangenen Gewinn, den er gehabt haben würde, wenn der Weiterverkauf nicht rückgängig gemacht worden wäre.

Unser A in dem eingangs aufgeführten Beispiele muß, da der Kaufvertrag ihm gegenüber durch den C vollständig erfüllt ist, den Kaufpreis, falls er ihn noch nicht gezahlt hat, an C zahlen und kann nur Schadensersatz aus unerlaubter Handlung gegen C geltend machen (§ 823 Abs. 1 BGB.). Ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB. hinsichtlich des Kaufpreises könnte A nicht geltend machen, da sein Anspruch auf Schadensersatz gegen C nicht auf demselben rechtlichen Verhältnisse, hier dem Kaufvertragsverhältnisse, beruht. Wohl aber könnte A, sobald C ihn auf Zahlung des Kaufpreises verklagt, im Wege der Widerklage seinen Schadensersatzanspruch geltend machen.

Eine weitere Frage ergibt sich noch in unserem Falle, nämlich die, inwieweit B die Gefahr trägt. § 446 BGB. kann hier keine Anwendung finden, da ja B durch die Übergabe nicht Eigentümer geworden ist und C zur Verschaffung des Eigentums überhaupt außerstande war; die Gefahr geht im Sinne des § 446 nur dann vom Schuldner auf den Gläubiger über, wenn dieser seine Verpflichtungen durch die Übergabe erfüllt hat. Es trägt daher die Gefahr nicht B, sondern C.

III. Auf einer Auktion bietet A auf ein seltenes Werk, und ein anwesender Antiquar B veranlaßt ihn, vom weiteren Bieten abzustehen, indem er ihm „sein Exemplar“ für den gebotenen Preis offeriert; dieses war aber, ohne daß er es wußte, bereits von seinen Leuten verkauft.

Dieses von Jhering[25]) erwähnte Beispiel stellt sich als der Verkauf einer fremden Sache dar, und zwar einer solchen, die vor Abschluß des Kaufvertrags noch Eigentum des Verkäufers gewesen war, zur Zeit des Abschlusses desselben allerdings nicht mehr ist. Kann nun bis zum Zeitpunkte der Erfüllung des Kaufvertrags sich der Antiquar „sein Exemplar“ — es handelt

[25]) In Jherings Jahrb. Bd. 4 S. 68.

sich hier also um eine individuell bestimmte Sache — von dem Dritten, an den es verkauft ist, nicht wieder verschaffen,[26]) so liegt ursprüngliches Unvermögen vor. Jhering[27]) dagegen nimmt unter der ausdrücklich von ihm betonten Voraussetzung, daß beide Teile von der Annahme ausgegangen sind, daß die Sache noch im Momente des Vertrags im Vermögen des Verkäufers sich befand, unrichtig eine objektive Unmöglichkeit an[28]) und führt seine Ansicht mit folgenden Worten weiter aus[29]): „Auf Erfüllung des Kontrakts kann hier meiner Ansicht nach nicht geklagt werden, denn beide Teile haben nicht irgendein beliebiges Exemplar des Werkes, sondern ein in bestimmter Weise bezeichnetes Exemplar, ‚sein Exemplar', im Auge gehabt, dieses existiert aber nicht. Der Verkäufer hätte dies wissen müssen; ist also der Käufer durch den Kauf in Schaden gekommen (er hat z. B. das Werk sich anderweitig verschafft, aber um einen ungleich höheren Preis, als es auf der Auktion weggegangen ist), so hat er die act. emti wegen culpa in contrahendo". Wie Jhering dazu kommt, hier von einer nicht existierenden Sache zu reden, ist nicht recht verständlich; die Sache existiert doch beim dritten Käufer, dieser kann sie leisten, es liegt also keine „Unmöglichkeit", sondern nur Unvermögen, und zwar ursprüngliches, vor. Infolgedessen ist der Vertrag nicht, wie Jhering annimmt, nichtig, sondern gültig.

Dieser Fall zeigt, daß der Verkäufer für ursprüngliches Unvermögen auf jeden Fall haftet, mag er auch sein Unvermögen

---

[26]) Ebenso Dernburg, BGB. Bd. 2 § 60 Anm. 3; and. M. Kleineidam a. a. O. S. 17, der Unvermögen des Schuldners zur Leistung annimmt, „gleichgültig ob an sich ein Rückkauf des Werkes noch durchführbar ist oder nicht".

[27]) a. a. O. S. 66ff.

[28]) Gegen Jhering für die Annahme des ursprünglichen Unvermögens auch Kleineidam a. a. O. S. 16f.; ferner Brecht in Jherings Jahrb. Bd. 53 S. 290f. und Biermann a. a. O. S. 86f., der dort ein ähnliches Beispiel anführt. Ob der dritte Käufer die Sache wiederhergibt, oder ob er einen Preis fordert, den der Verkäufer aus Mangel an Mitteln und Kredit nicht zu zahlen vermag, ändert an der Beurteilung des Falles nichts.

[29]) a. a. O. S. 68f.

selbst nicht gekannt haben und diese Unkenntnis noch so entschuldbar sein. Ist hier aber nicht eine Anfechtung des Kaufs wegen Irrtums möglich? Der Antiquar hat in unserem Beispiele sein Exemplar verkaufen wollen; er glaubte bei Abgabe dieser Willenserklärung noch Eigentümer dieses Werkes zu sein und hat nur unter dieser Voraussetzung eine Erklärung dieses Inhalts abgegeben. Er hat also tatsächlich eine andere Erklärung abgegeben, als er abgeben wollte, war also über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtume und kann daher diese nach § 119 Abs. 1 BGB. anfechten, vorausgesetzt, daß er sie bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.[30]) Der Verkäufer einer fremden Sache, der diese in der Meinung, sie sei seine eigene, verkauft — so liegt ja der Fall hier —, kann also dieses Kaufgeschäft wegen Irrtums über den Inhalt seiner Willenserklärung, anfechten, und zwar muß er dies unverzüglich tun, nachdem er vom wahren Sachverhalte Kenntnis erlangt hat (§ 121 BGB.). Die Folge dieser Anfechtung ist, daß der Vertrag als vom Anfang an nichtig anzusehen ist (§ 142 BGB.) und daß der Verkäufer dem Käufer nur das negative Vertragsinteresse zu ersetzen braucht (§ 122 BGB.). Letzteres würde in unserem Falle darin bestehen, daß A, auf die Gültigkeit des mit B geschlossenen Vertrags vertrauend, es unterlassen hat, das Werk auf der Auktion zu erwerben. B muß ihm also das volle Interesse an dem Erwerb des Werkes ersetzen, es wird also hier das negative Interesse wohl genau so groß sein wie das Erfüllungsinteresse. Dagegen kann man diesen Irrtum über das Eigentum nicht als Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft der Sache bezeichnen.[31]) Zu den Eigenschaften einer Sache gehört nicht das Eigentum einer Person daran, sondern unter Eigenschaften einer Sache versteht man nur äußere, sich aus der Beschaffenheit der Sache ergebende

---

[30]) vgl. ebenso Brecht, Diss. S. 31 ff. und Brecht in Jherings Jahrb. Bd. 53 S. 289 f.

[31]) So Dernburg, BGB. Bd. 1 § 145 I, 2 S. 433; Crome a. a. O. § 212 Anm. 13; Rehbein a. a. O. Anm. III, 1 e zu §§ 116—124 S. 138; dagegen Planck, BGB. Bd. 1 § 119 Anm. 2a S. 214.

Merkmale, nicht aber die rechtlichen Beziehungen einer dritten Person zu dieser Sache.[32])

§ 9.

Nachträgliches Unvermögen.

I. A verkauft an B ein bestimmtes Pferd; A ist aber selbst noch nicht Eigentümer desselben, sondern hat es selbst erst von C gekauft und soll es von diesem gegen Zahlung des Kaufpreises übernehmen; ohne sein Verschulden gerät nun A nach Abschluß des Vertrags mit B in Zahlungsschwierigkeiten und kann daher den Preis an C nicht zahlen; infolgedessen tritt C vom Vertrage zurück, so daß A an B das Pferd nicht leisten kann.

Dieses Beispiel stellt sich dar als der Verkauf einer fremden Sache, bei dem nachträgliches Unvermögen des A zur Leistung vorliegt, denn es ist zwar nicht A, wohl aber C zur Leistung des Pferdes imstande, und das Unvermögen ist erst nach Abschluß des Vertrages mit B eingetreten. Da dieses nachträgliche Unvermögen des A in Zahlungsschwierigkeiten seinen Grund hat, so hat er es gemäß § 279 BGB. zu vertreten, obwohl ihn kein Verschulden trifft.[1]) § 279 ist nämlich frei auszulegen; er bezieht sich zwar zunächst nur auf Genusschulden, aber es steckt darin doch ein sehr bedeutsamer Grundgedanke, der zur Anwendung drängt auch in den Fällen, wo ein individuell bestimmter Gegenstand geschuldet wird; der Schuldner hat auch in diesem Falle zu haften, solange die Leistung tatsächlich noch erbracht werden kann und das Unvermögen des Schuldners zur Leistung der individuell bestimmten Sache nur darin seinen

---

[32]) vgl. Brecht, Diss. S. 31f.

[1]) Über die Bedeutung und Tragweite des § 279 herrscht lebhafter Streit. Nach der herrschenden Anschauung, die auch die unserige ist, ist im Sinne des § 279 die Leistung aus der Gattung nicht mehr möglich, wenn sie so schwierig geworden ist, daß sie billigerweise niemandem zugemutet werden kann; vgl. z. B. Ubbelohde, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 85 S. 118ff.; Titze a. a. O. S. 66f.; Krückmann a. a. O. S. 133ff; Brecht in Jherings Jahrb. Bd. 53 S. 237ff.; Goldmann-Lilienthal a. a. O. § 85 Anm. 19; Neumann § 279 Anm. 1.

Grund hat, daß er kein Geld hat, um denjenigen zu befriedigen, von dem er selbst die zu leistende Sache erst gekauft hat; § 279 greift auch hier durch ohne Rücksicht darauf, ob das Fehlen des Geldes von seiten des Schuldners auf Verschulden beruht oder nicht. Es ist dies die weitaus überwiegende Ansicht.[2]) Es sagt ja auch das Gesetz nicht, daß dieser Gedanke nur gelten soll bei der generischen Schuld; er drängt sich bei einer solchen eben nur am ersten auf.

Für das nachfolgende Unvermögen bei gegenseitigen Verträgen finden sich im Bürgerlichen Gesetzbuch keine besonderen Vorschriften; § 275 BGB., der in Abs. 2 das nachträgliche Unvermögen der nachträglichen „Unmöglichkeit" gleichstellt, bezieht sich auf Schuldverhältnisse im allgemeinen. Dennoch sind aus denselben Gründen, aus denen wir schon oben[3]) die Anwendung der §§ 323 ff. BGB., die ja nur von der nachträglichen „Unmöglichkeit" sprechen, auf das ursprüngliche Unvermögen bei gegenseitigen Verträgen für zulässig erklärt haben, diese §§ 323 ff. auch erst recht auf das nachfolgende Unvermögen bei gegenseitigen Verträgen anzuwenden, zumal da auch in § 275 BGB. das nachträgliche Unvermögen der nachträglichen „Unmöglichkeit" gleichgestellt ist.[4]) Damit stimmen auch die Motive zum Entwurfe überein.[5])

[2]) So Planck § 279 Anm. 2; Staudinger § 279 Anm. 2; Oertmann § 279 Anm. 4; Titze a. a. O. S. 94; Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 192 Anm. 1; Brecht, Diss. S. 33 f. und in Jherings Jahrb. Bd. 53 S. 240, 249; Cosack a. a. O. § 101 III, 1 (letzterer war in seiner 3. Aufl. S. 340 noch dagegen); Goldmann-Lilienthal a. a. O. § 85 Anm. 18; Eck, Vorträge S. 270; vgl. ferner Dernburg, BGB. Bd. 2 § 60 II, 3. Dagegen ist Matthiaß a. a. O. § 84 I B, der der Ansicht ist, daß den Schuldner, falls dieser eine Spezies aus Mangel an Geldmitteln nicht leisten kann, diese Zahlungsunfähigkeit, sofern sie unverschuldet ist, befreit; ebenso wohl auch Endemann a. a. O. § 124 Anm. 27 b.

[3]) vgl. oben S. 45.

[4]) Ebenso Kleineidam a. a. O. S. 154 f.; Planck Vorbem. zu §§ 323—327; Staudinger § 323 Anm. 8; Oertmann § 323 Anm. 4; Schollmeyer, BGB. § 323 Anm. 1; Rehbein a. a. O. Anm. 14 zu §§ 320—327; Cosack a. a. O. § 101 II; Titze a. a. O. § 9 Anm. 2; Crome a. a. O. § 170 I; Matthiaß a. a. O. § 86 II C; wohl auch Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 191 I, 3; and. M. Kuhlenbeck a. a. O. Anm. 1 zu § 323.

[5]) Mot. Bd. 2 S. 46.

B kann daher gegen A die Rechte des § 325 BGB. geltend machen. Diese Rechte hat B überhaupt, sobald das nachträgliche Unvermögen des A auf einem Verschulden desselben beruht; der Fall des § 279 ist der einzige Fall, wo das nachträgliche Unvermögen ohne Rücksicht auf Verschulden zu vertreten ist. Trifft dagegen den A an seinem nachträglichen Unvermögen kein Verschulden, z. B. es tritt bei A keine Zahlungsunfähigkeit ein, aber es verkauft C nach Abschluß des Kaufvertrags zwischen A und B das Pferd vor der Übereignung weiter an D und überträgt es diesem zu Eigentum, wodurch D ja Eigentümer wird und so A das Pferd an B nicht leisten kann, so bestimmen sich die Rechte des B nach § 323,[6]) d. h. er kann vor allem den etwa bereits gezahlten Kaufpreis zurückfordern oder es hat A dem B seinen Ersatzanspruch gegen C auf Verlangen abzutreten gemäß § 323 Abs. 2; im letzteren Falle würde jedoch B zur Gegenleistung, d. h. zur Bezahlung des Kaufpreises, verpflichtet bleiben, welche sich jedoch nach Maßgabe der §§ 472, 473 insoweit mindert, als der Wert des Ersatzanspruchs hinter dem Werte der geschuldeten Leistung zurückbleibt (§ 323 Abs. 2 BGB.). Liegt nun schließlich der Fall so, daß A erst nach dem Weiterverkaufe des Pferdes durch C an D in Zahlungsschwierigkeiten gerät, so liegt ebenfalls nachträgliches Unvermögen des A zur Leistung an B vor; aber der Umstand, der es herbeigeführt hat, liegt hier im Weiterverkaufe durch C an D, nicht in der danach eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des A, diese ist hier belanglos; da den A hier also am nachträglichen Unvermögen kein Verschulden trifft, so hat B wieder nur die Rechte des § 323 BGB.

Dieses hier angezogene Beispiel kann sich auch darstellen als ein Fall des ursprünglichen Unvermögens des Schuldners zur Leistung der verkauften fremden Sache, nämlich dann, wenn A schon beim Abschlusse des Vertrags mit B weder die erforderlichen Geldmittel hatte, um den Kaufpreis für das von ihm von C gekaufte Pferd zu zahlen, noch auch den Kredit, um sich die Mittel zu verschaffen.[7])

[6]) vgl. oben § 5 unter Nr. 1.

[7]) vgl. Biermann a. a. O. S. 90.

II. A verkauft an B ein bestimmtes Pferd; A ist aber selbst noch nicht Eigentümer dieses Pferdes, ja er hat es von C, dem es gehört, noch nicht einmal gekauft; darauf gerät A ohne sein Verschulden in Zahlungsschwierigkeiten und kann daher das Pferd dem B nicht leisten.

Es ist dies der Verkauf einer fremden Sache durch A an B, der sich charakterisiert als ein Unvermögen des A zur Leistung. Ob aber ein ursprüngliches oder nachträgliches Unvermögen vorliegt, kann man aus dem Tatbestande dieses Beispiels noch nicht ersehen. In dieser Hinsicht ist zunächst zu untersuchen, ob C überhaupt willens war, das Pferd an A zu verkaufen, und wenn nicht, ob er diese Absicht bereits im Zeitpunkte des Abschlusses des Kaufvertrags zwischen A und B hatte oder aber erst hinterher zu diesem Entschlusse gekommen ist; im ersten Falle liegt ursprüngliches, im zweiten Falle nachträgliches Unvermögen seitens des A vor.[8]) Sodann ist weiter zu untersuchen, ob dieser Wille des C der Grund des Unvermögens ist und nicht etwa die nach Abschluß des Vertrags zwischen A und B eingetretene Zahlungsunfähigkeit des A.

1. Hatte z. B. A auf irgendeinem Wege, z. B. durch die Zeitung oder von C selbst, vor Abschluß des Kaufvertrags mit B erfahren, daß C dieses Pferd für einen gewissen Preis verkaufen wolle, und C hätte dieses Pferd auch wirklich verkauft und A gerät nun nach Abschluß des Vertrags mit B in Zahlungsschwierigkeiten, so liegt nachträgliches Unvermögen des A zur Leistung vor.

2. Hatte C dagegen weder im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses zwischen A und B noch auch später jemals die Absicht, das Pferd zu verkaufen, und gerät nun A nach Abschluß des Vertrags zwischen ihm und B in Zahlungsschwierigkeiten, so liegt ursprüngliches Unvermögen des A zur Leistung[9]) vor,

---

[8]) Ebenso Kisch a. a. O. S. 32 unter II.

[9]) Kleineidam a. a. O. S. 9 scheint in solchem Falle eine „Unmöglichkeit" anzunehmen, denn er führt das Beispiel des Venuleius an, der auch in dem Falle, wo jemand alienum servum dare promiserit, quem dominus non vendat, ganz richtig nur eine causa difficultatis, d. h. Unver-

da bei dieser Sachlage auf die Zahlungsunfähigkeit des A gar nichts ankommt, denn selbst wenn A hätte den Kaufpreis an C zahlen können, so würde er das Pferd doch nicht haben leisten können, da es ihm C nicht verkauft hätte.

3. War dagegen C bereit, dem A das Pferd zu verkaufen, und er hätte es ihm auch wirklich verkauft, hatte aber A schon beim Abschluß des Kaufvertrags nicht die nötigen Mittel, um den Kaufpreis für das Pferd zu bezahlen, und auch nicht den erforderlichen Kredit, um sich die Mittel zu verschaffen, so liegt ursprüngliches Unvermögen vor.

4. Gestalten wir jetzt das eingangs erwähnte Beispiel etwas anders, indem wir den Fall so setzen, daß A nicht in Zahlungsschwierigkeiten gerät; wir nehmen wieder an, daß A erfahren hatte, daß C das Pferd für einen gewissen Preis verkaufen wollte; A schließt daraufhin mit B einen Kaufvertrag über dieses Pferd zu einem höheren Kaufpreise ab, als C dafür fordert; nach diesem Vertragsschlusse ändert aber C seine Absicht und behält das Pferd, so daß also A dasselbe an B nicht liefern kann, obwohl er die Mittel zum Ankauf hätte: nachträgliches Unvermögen des A, denn im Zeitpunkte des Vertragsschlusses mit B hätte er es liefern können.

5. Wenn dagegen der Fall so liegt, daß C im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses zwischen A und B zum Verkaufe des Pferdes nicht bereit war, hinterher aber, und zwar noch vor dem Zeitpunkte der Erfüllung dieses Kaufvertrags seine Absicht ändert und sich zum Verkaufe bereit erklärt und nun A in Zahlungsschwierigkeiten gerät, so liegt nachträgliches Unvermögen vor, da hier der Umstand, der das Unvermögen herbei-

---

mögen findet, denn der dominus ist doch, wenn er will, zur Leistung tatsächlich imstande, und fährt dann fort: „Hier ist es aber doch, um mit Mommsen (vgl. a. a. O. S. 13) zu reden, ‚für den Schuldner . . . in der Tat unmöglich, seiner Verpflichtung nachzukommen'". Mommsen fährt aber an jener Stelle gleich darauf fort, daß diese Unmöglichkeit, wenn der Schuldner die Leistung einer fremden Sache versprochen hat und der Eigentümer der Sache jede Mitwirkung versagt, „dem Schuldner als eine wahre Unmöglichkeit nicht angerechnet" wird, sondern nur eine subjektive Unmöglichkeit darstellt.

führt, der Mangel des A an Zahlungsmitteln ist und dieser Mangel erst nach dem Abschlusse des Vertrags mit B eingetreten ist.

Es bedarf also der genauesten Untersuchungen für den einzelnen Fall, um zu erkennen, ob ursprüngliches oder nachträgliches Unvermögen vorliegt. Das eingangs unter II erwähnte Beispiel, daß A eine Sache, die einem Dritten gehört, verkauft, welche er selbst noch nicht einmal vom Dritten gekauft hat, ließe sich wohl noch anders variieren, aber die angeführten fünf Fälle dürften wohl die Hauptvariationen dieses Beispiels darstellen. Eine weitere Variation dieses Beispiels soll erst weiter unten[10]) erörtert werden, da sie sich nicht als nachträgliches Unvermögen charakterisiert.

Die Art der Haftung ist nach dem schon früher Gesagten leicht zu bestimmen. Betont sei hier nochmals,[11]) daß B nicht gewußt haben darf, daß A nicht Eigentümer des verkauften Pferdes war, es sei denn, daß A ihm gegenüber ausdrücklich erklärt hat, er werde diesen Mangel beseitigen. Im Falle 1 hat nun A seine Zahlungsunfähigkeit gemäß § 279 BGB. zu vertreten ohne Rücksicht auf Verschulden; er haftet daher gemäß § 325 BGB. In den Fällen 2 und 3 liegt ursprüngliches Unvermögen vor, das A ebenfalls ohne Rücksicht auf Verschulden zu vertreten hat; seine Haftung bestimmt sich gleichfalls nach § 325 BGB. Im Falle 4 kommt es, da nachträgliches Unvermögen vorliegt, darauf an, ob den A daran, daß er nicht leisten kann, ein Verschulden trifft oder nicht; wie der Fall hier liegt, wird man sagen können, daß den A ein Verschulden trifft, das darin besteht, daß er sich mit dem C wegen dieses Pferdes nicht erst in Verbindung gesetzt hat, bevor er den Vertrag mit B abschloß; die bloße Absicht des C, daß er das Pferd verkaufen wolle, genügt noch nicht, um den A von einem Verschulden freizusprechen, denn A konnte ja nicht wissen, ob C es auch wirklich verkaufen würde. A würde also hier gemäß § 325 BGB. haften. Liegt aber der Fall so, daß C dem A

---

[10]) vgl. unten § 11.

[11]) vgl. oben § 5 unter Nr. 2.

gegenüber vor dem Abschluß des Vertrags mit B sich verpflichtet hat, ihm das Pferd zu verkaufen, oder es an A sogar schon verkauft, aber noch nicht übereignet hat, und später ändert C seine Absicht, z. B. er verkauft das Pferd anderweitig, so würde den A daran, daß er nun das Pferd dem B nicht leisten kann, kein Verschulden treffen, und die Rechte des B würden sich daher nach § 323 BGB. bestimmen; dieser Fall ist bereits oben unter I besprochen. Im Falle 5 tritt Haftung nach § 325 BGB. ein, da wieder § 279 BGB. durchgreift, der auf Verschulden keine Rücksicht nimmt.

Ein ähnliches wie das unter II eingangs erwähnte Beispiel führt Cosack[12]) als Beispiel einer sogen. nachträglichen subjektiven Unmöglichkeit an: Der Kunsthändler A hat dem B eine Anzahl Radierungen verkauft, zu deren Verkauf er vom Eigentümer C ermächtigt war unter der Bedingung, daß er den zwischen ihm und C vereinbarten Preis vorher an C bar zahlte, wozu A als vermögender Mann jederzeit imstande war; durch den unvermuteten Bankerott seines Bankiers verarmt A und kann seine Verpflichtung nicht erfüllen. Dagegen nimmt hier Planck[13]) eine ursprüngliche subjektive Unmöglichkeit an, da die verkauften Gegenstände dem A weder gehörten noch dieselben in seinem Besitze waren. Ganz richtig bemerkt jedoch gegen diese Ansicht Plancks Biermann[14]): „Solange der Schuldner imstande ist, sein Unvermögen zu heben, m. a. W., solange er sein Unvermögen zu beseitigen vermag, solange vermag er auch die Leistung vorzunehmen, denn ein eigentliches Unvermögen des Schuldners zur Leistung liegt in diesem Falle nicht vor,[15]) da eben der Schuldner, welcher eine Sache zu kaufen vermag, indirekt auch imstande ist, dieselbe zu liefern".[16]) In seinem Beispiele nimmt Cosack an, daß A

---

[12]) a. a. O. § 101 III, 1.

[13]) vgl. § 279 Anm. 2, wo er auf ein in der 3. Aufl. von Cosack (§ 99 II, 1 b Beispiele II) befindliches Beispiel Bezug nimmt, das aber dem hier angeführten entspricht.

[14]) a. a. O. S. 90.

[15]) Ebenso Kleineidam a. a. O. S. 16; Dernburg BGB. Bd. 2 § 60 I.

[16]) vgl. die Ausführungen oben im § 7 S. 34 f.

ohne den Bankerott imstande gewesen wäre, die Radierungen zu kaufen, denn sonst würde kein nachträgliches, sondern ursprüngliches Unvermögen vorliegen; hatte A jedoch schon beim Vertragsabschluß mit B nicht die nötigen Mittel, um die Radierungen zu erwerben, noch auch den Kredit, um sich die Mittel zu verschaffen, so würde, wie oben unter I dieses Paragraphen ausgeführt, ursprüngliches Unvermögen vorliegen.

§ 10.

Ursprüngliche Unmöglichkeit.

In diesem Paragraphen ist unter Unmöglichkeit schlechthin immer die objektive Unmöglichkeit verstanden.[1])

A verkauft an B eine Sache, die B bereits bei Abschluß des Vertrags im Eigentume hat.

Auch dieses Beispiel bildet einen Fall des Verkaufs einer fremden Sache, der unter unsere Abhandlung fällt, obwohl die Sache der einen der beiden Vertragsparteien, dem Käufer, bereits gehört. Denn unsere Schrift ist betitelt „Verkauf einer fremden Sache", d. h. einer Sache, die für den Verkäufer eine fremde ist, und dies ist ja die eigene Sache des Käufers. Anders wäre es, wenn das Thema lautete: Kauf einer fremden Sache.

Obiger Fall des Verkaufs einer fremden Sache stellt sich dar als eine ursprüngliche objektiv unmögliche Leistung,[2]) denn eine Leistung, deren Gegenstand ist die Übereignung einer Sache, die dem Erwerber bereits gehört, kann von niemandem erbracht werden, niemand kann sich selbst das, was ihm bereits

[1]) vgl. unsere Terminologie oben S. 34 Anm. 10.

[2]) Ebenso Titze a. a. O. S. 61f.; Kohler a. a. O. S. 238; Scholl-meyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse 2. Aufl. 1904 S. 16 unter II; Bechmann a. a. O. Bd. 2 S. 74. Ebenfalls für die Ungültigkeit dieses Rechtsgeschäfts, aber nicht aus dem Gesichtspunkte der Unmöglichkeit, Hartmann a. a. O. S. 190ff. und ebenfalls für die Nichtigkeit dieses Geschäfts die Römer; vgl. D. 18, 1 l. 16 pr.: suae rei emtio non valet, sive sciens sive ignorans emi, und D. 50, 17 l. 45 pr.: neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest; vgl. Mommsen a. a. O. S. 140f.

gehört, übereignen. Ein auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist aber nach § 306 BGB. nichtig und kann nicht gültig werden.[3]) Titze[4]) allerdings behauptet, „daß der über die eigene Sache des Käufers abgeschlossene und darum anfänglich nichtige Kaufvertrag gültig wird, wenn die Sache noch rechtzeitig aus dem Eigentum des Käufers heraus in das eines Dritten, des X, gelangt", und stützt diese Behauptung auf § 308 Abs. 2 BGB. Demgegenüber ist zu sagen, daß § 308 Abs. 2 auf diesen Fall gar keine Anwendung findet. Es könnten sich dabei auch sehr merkwürdige Konstellationen ergeben, z. B. der Käufer seiner eigenen Sache verkauft dieselbe später an einen Dritten; dadurch würde nach Ansicht Titzes der Kaufvertrag über die eigene Sache des Käufers zwischen ihm und seinem Verkäufer gültig werden, der Verkäufer wäre in der Lage, sich die Sache vom Dritten zu beschaffen, und könnte sie dann dem Käufer leisten, so daß dieser auf einmal seine Sache, die er an den Dritten verkauft hatte, wieder hätte. Der über die eigene Sache des Käufers geschlossene Kaufvertrag ist und bleibt nichtig auf Grund von § 306 BGB., es müßte denn besondere Parteivereinbarung vorliegen. Wenn man z. B., wie Dernburg[5]) richtig ausführt, die eigene Sache kauft, um sich den unmittelbaren Besitz zu verschaffen, also wissentlich, z. B. der Bestohlene von einem Trödler, bei dem er sie zufällig findet, um sie ohne Weitläufigkeit zurückzuerhalten, so dürfte dieses Rechtsgeschäft über die eigene Sache ohne Zweifel gültig sein. Doch sind solche Fälle Ausnahmen.

Einen weiteren Fall des Verkaufs einer fremden Sache, der sich als ursprüngliche Unmöglichkeit darstellt, haben wir bereits oben erwähnt: A verkauft ein dem C gehöriges todkrankes Pferd an B, lieferbar in 4 Wochen; nach dem Abschlusse des Vertrages stirbt es.[6])

Die Haftung bei ursprünglicher Unmöglichkeit bestimmt

---

[3]) Ebenso Brecht in Jherings Jahrb. Bd. 53 S. 273, 297; wann ein Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet, darüber vgl. oben S. 35.

[4]) a. a. O. S. 219.

[5]) BGB. Bd. 2 § 169 unter II.

[6]) vgl. oben S. 36 f.

§ 307 BGB., wonach derjenige, der bei Abschluß eines auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrags die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß, d. h. fahrlässigerweise nicht kennt, zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut (sogen. negatives Interesse), jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, das der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrags überhaupt hat (sogen. positives Interesse). Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß. Es muß also bei Abschluß des Vertrags der Ersatzpflichtige die Unmöglichkeit der Leistung kennen oder kennen müssen, d. h. es muß sogen. culpa in contrahendo[7]) vorliegen, und andererseits ist erforderlich, daß der andere Teil die Unmöglichkeit in diesem Zeitpunkte nicht kennt oder kennen muß. Es kann also in unserem eingangs erwähnten Beispiele sowohl A dem B als auch B dem A haften, und es genügt hier auf seiten des Käufers B schon das „Kennenmüssen" zum Ausschluß der Haftung des Verkäufers, während, wie schon oben erwähnt,[8]) in § 439 BGB. nur das Kennen des Käufers für den Ausschluß der Haftung des Verkäufers für Mängel im Rechte in Betracht kommt; oder es haftet keiner dem anderen, da es leicht möglich ist, daß beide die Unmöglichkeit der Leistung wenigstens kennen mußten. Wer nun in unserem Beispiele dem anderen haftet, ob A dem B oder B dem A oder keiner dem anderen, läßt sich aus dem vorliegenden Tatbestande nicht ersehen; es bedarf in dieser Hinsicht der eingehendsten Untersuchung des einzelnen konkreten Falls nach den eben dargelegten Grundsätzen.

§ 11.

Nachträgliche Unmöglichkeit.

Auch in diesem Paragraphen verstehen wir unter Unmöglichkeit schlechthin nur die objektive Unmöglichkeit.

---

[7]) Begründer dieser Lehre von der culpa in contrahendo ist Jhering; vgl. Jherings Jahrb. Bd. 4 S. 1 ff.

[8]) vgl. oben § 5 unter Nr. 2.

I. A verkauft an B ein bestimmtes Pferd, das er selbst erst von C gekauft hat; er soll es von diesem gegen Zahlung des Kaufpreises übernehmen. Vor der Übernahme aber geht das Pferd bei C durch dessen Verschulden oder durch Zufall zugrunde.

Dieses Beispiel, dessen Tatbestand demjenigen des in § 9 unter I oben angeführten Beispiels ähnlich ist, bildet auch einen Fall des Verkaufs einer fremden Sache, aber einen solchen Fall, der sich als nachträgliche Unmöglichkeit charakterisiert, denn das nach Vertragsabschluß zwischen A und B zugrunde gegangene Pferd kann von niemandem mehr geleistet werden. Es kann sich also der Verkauf einer fremden Sache auch darstellen als nachträgliche Unmöglichkeit.

Hinsichtlich der Haftung finden die Bestimmungen der §§ 323 ff. BGB. Anwendung, die ja direkt von der nachträglichen Unmöglichkeit sprechen. Da den A hier kein Verschulden an dem Untergange des Pferdes trifft, so bestimmen sich die Rechte des B gegen A nach § 323 BGB. Dagegen ist die Haftung des C dem A gegenüber — hinsichtlich der Leistung des C an A liegt ja ebenfalls nachträgliche Unmöglichkeit vor — verschieden, je nachdem das Pferd durch Verschulden des C oder durch Zufall zugrunde gegangen ist. Im ersten Falle bestimmt sich die Haftung des C nach § 325 BGB., im letzten Falle kann A gegen C nur die Rechte des § 323 BGB. geltend machen, d. h. er kann vor allem gemäß Abs. 2 Herausgabe des für das untergegangene Pferd erlangten Ersatzes, z. B. der Versicherungssumme, oder Abtretung des Ersatzanspruchs, z. B. des Anspruchs auf die Versicherungssumme, verlangen; auf Verlangen des B muß A aber diesen Ersatz bezw. Ersatzanspruch an B wieder herausgeben bezw. abtreten, da dessen Rechte gegenüber A sich ja nach § 323 BGB. bestimmen.

II. A verkauft an B ein Grundstück, als dessen Eigentümer A selbst noch nicht eingetragen ist; er hat es erst von C gekauft. Darauf wird vor der Eintragung des A und vor der Erfüllung des zwischen A und B geschlossenen Kaufvertrags das Grundstück vom Staate enteignet.

Auch dieser Fall des Verkaufs einer fremden Sache stellt sich dar als ein Fall der nachträglichen Unmöglichkeit, denn durch die Enteignung wird das Grundstück eine res extra commercium, und wie wir oben gesehen haben,[1]) gilt nach heutigem Rechte eine Leistung, deren Gegenstand eine solche res extra commercium ist, als eine objektiv unmögliche Leistung, nicht nur als eine subjektiv unmögliche.

Die Haftung des A dem B gegenüber und ebenso die Haftung des C dem A gegenüber bestimmt sich nach § 323 BGB., da weder A noch C ein Verschulden an der eingetretenen Unmöglichkeit ihrer Leistung trifft. Gerade in diesem Fall wird es sehr vorteilhaft sein, wenn A gemäß Abs. 2 von C Herausgabe der für das enteignete Grundstück erhaltenen Enteignungssumme, die als Ersatz im Sinne des § 323 Abs. 2 BGB. anzusehen ist, oder Abtretung des Anspruchs auf die Enteignungssumme verlangt, denn die Enteignungssumme wird gewöhnlich höher sein als der zwischen den Parteien verabredete Kaufpreis; diese Enteignungssumme bezw. diesen abgetretenen Anspruch auf die Enteignungssumme könnte sich dann B seinerseits, wenn er nach § 323 Abs. 2 BGB. vorgeht, von A herausgeben bezw. abtreten lassen. Wie nun aber, wenn A gegen C nicht nach § 323 Abs. 2 BGB. vorgeht, z. B. weil C dem A vorstellt, daß, wenn er dieses Recht des § 323 Abs. 2 geltend mache, B dann doch ihm, dem A, gegenüber dasselbe Reeht geltend machen und er, A, also davon gar keinen Vorteil haben würde; er, C, biete ihm dafür lieber einen Teil des durch die Enteignung erlangten Gewinns, z. B. C hat das Grundstück an A um 20000 Mk. verkauft, der es seinerseits an B um 25000 Mk. verkauft hat; die Enteignungssumme beträgt 30000 Mk.; C macht nun dem A folgenden Vorschlag: Statt daß du von mir gemäß § 323 Abs. 2 BGB. die 30000 Mk. verlangst, die dann doch sicher B wieder von dir verlangen wird, gebe ich dir die 5000 Mk., die du beim Verkaufe an B profitiert hast, und von dem mir außerdem durch die Enteignung verbleibenden Gewinn von 5000 Mk. die Hälfte, also 2500 Mk.; auf diese Weise gewinnen wir jeder

[1]) vgl. oben S. 4.

2500 Mk., während anderenfalls nur B die ganzen 5000 Mk. profitieren würde. Läßt sich nun A auf diesen Vorschlag des C ein, so kann B dagegen gar nichts machen; A hat dann keinen Ersatz bezw. Ersatzanspruch von C erlangt, und den A dazu zwingen, Herausgabe dieses Ersatzes bezw. Abtretung des Ersatzanspruchs von C zu verlangen, das kann B nicht; auch kann B diesen Ersatz nicht etwa selbst von C herausverlangen, denn er steht mit C in gar keinen rechtlichen Beziehungen.

III. Endlich ist noch ein von Brecht[2]) angeführtes Beispiel zu erwähnen:

> B sucht ein bestimmtes Gemälde. A will es ihm für 420 Mk. verschaffen. Es gehört ihm zwar selbst noch nicht, aber er kennt den Eigentümer, der es für 400 Mk. verkäuflich hält. Am nächsten Tage findet B das gesuchte Gemälde im Schaufenster, freut sich, A zuvorzukommen und die 20 Mk. zu ersparen, und verschafft sich das Bild selbst.

Es ist dies der Verkauf einer fremden Sache, der sich darstellt als eine Leistung, die nach dem Abschlusse des Kaufvertrags durch einen vom Gläubiger B zu vertretenden Umstand dem Schuldner A unmöglich geworden ist: nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung, die unter § 324 BGB. fällt. Demgemäß wird der Schuldner A von seiner Leistung frei, behält jedoch den Anspruch auf die Gegenleistung, d. h. auf Bezahlung der 420 Mk., muß sich jedoch hierauf das infolge der Befreiung von der Leistung Ersparte, d. h. hier 400 Mk. anrechnen lassen. B muß also den A 20 Mk. zahlen.

§ 12.

Schlußwort.

Wie wir also gesehen haben, kann sich der Verkauf einer fremden Sache sowohl als ursprüngliches und nachträgliches Unvermögen als auch als ursprüngliche und nachträgliche „Un-

[2]) Diss. S. 34f.; vgl. dazu auch Brecht in Jherings Jahrb. Bd. 53 S. 269 unter 2.

möglichkeit“ darstellen. Wir glauben, die Haupttypen des Verkaufs einer fremden Sache, soweit dieser sich als Unmöglichkeit charakterisiert, beispielsweise angeführt zu haben und nach den dargelegten Grundsätzen auch die Entscheidung von etwas abweichenden Fällen sowohl hinsichtlich der Frage, was für eine Unmöglichkeit vorliegt, als auch in der Hinsicht, was für eine Haftung einzutreten hat, treffen zu können. Auch dürften sich auf Grund unserer Ausführungen noch andere Fälle, die sich nicht als Verkauf einer fremden Sache darstellen, dahin beantworten lassen, ob und was für eine Unmöglichkeit vorliegt und welche Haftung Platz zu greifen hat.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.